ULRICI HUBERI

JURIS CONSULTI

SUPREMAE FRISIORUM CURIAE EX SENATORIS

PRAELECTIONUM JURIS CIVILIS

TOMI TRES

SECUNDUM INSTITUTIONES ET DIGESTA

JUSTINIANI

ACCEDUNT

CHRISTIANI THOMASII J. C.

ADDITIONES

ET

LUDERI MENCKENII JURIS CONSULTI

REMISSIONES AD JUS SAXONICUM

AC

JUDOCI LE PLAT J. C.

ADNOTATIONES

TOMUS III.

MACERATÆ
APUD ALOYSIUM VIARCHIUM EDITOREM
SUPERIORUM PERMISSU
MDCCCXXXIX.

LECTORI BENEVOLO

Absolutam Dei bonitate hujus operis *tertiam* et ultimam partem damus, sesqui anno fere post *Tomum Secundum*; aliquando serius quam destinaveram; cum ob vastam *triginta librorum* materiam, tum quod, etiamsi veteres hae pleraeque cogitationes, omnia tamen recenti calamo exaranda fuerunt. Verum enimvero *sat cito*, *si sat bene*, vetus est dictum, sit etiam nostrum. Factumne sit operae pretium, *Lector aequus* existimabit; utique praefationibus in alterutram partem nihil egerimus. Instituti mei rationes praecedentium Tomorum exordia loquuntur; id heic est continuatum, ut theoreticam et humaniora passim ad usum adtemperaremus, historiisque rerum judicatarum illustraremus. Quo id ita medio in orationis cursu satageremus, cum aliorum, tum *Antonii Mornacii*, quod sine comparationis arrogantia dictum sit, Ad. P. exemplo factum est. Periculum ejus rei, publico, quantum intelligere est, non ingratum in *Jurisprudentia vernacula* factum erat; heic et alia accesserunt, et *reliqua* pro modo Latinae eruditionis adhibita sunt. Nolim etiam mihi fraudi sit, *in rebus dubiis*, si quid aliter quam illic, *quod raro eveniet*, heic collocatum reperiatur. Insultent, qui volent; Ego cum Justiniano sentio, cujus haec verba probo; Οὐ γὰρ ἐρυθριῶμεν, εἴ τι κάλλιον καὶ ὧν αὐτοὶ πρότερον εἴπομεν προσεξεύροιμεν, τοῦτο νομοθετεῖν καὶ τὴν προσήκουσαν τοῖς πρότερον δευτέραν ἐπιτιθέναι διόρθωσιν οἴκοθεν, ἀλλὰ μὴ παρ' ἑτέρων ἀναμένειν ἐπανορθωθῆναι τὸν νόμον. *Nec enim erubescimus, si quid a nobis pulchrius, quam primo dixerimus, inventum fuerit, id ipsum sancire, novaque emendatione priora cogitata e nostro penu in melius reformare, nec expectare, dum leges nostrae ab aliis corrigantur. Nov. 22. in fin. praefat.* Bene habet, si in eorum numero esse mihi liceat, qui scribunt proficiendo et scribendo proficiunt. Quod sane, postquam hoc scribendi stadium, non nisi aetate jam consistente, ingressi sumus, dum facultas erit, adspirante divino favore, continuabimus. Animus erat, hujus Tomi praecipua

capita, primo publicis ventilare disputationibus: Atque ita factum est in tribus prioribus libris. Respondentium illorum nomina visum est heic apponere.

HERMANNUS ARNOLDUS TAMMENA, Fris. Orient. *De Pignoribus et Hypothecis etc.*
FRANCISCUS de VICQ, Amstelod. Batavus. *Ad Tit. Qui potiores in pignore.*
ZACHARIAS HUBER, Frisius, *De distractione Pignorum etc.*
IDEM, *de Ædilitio Edicto et de Evictionibus.*
CORNELIUS van VIERSEN, Frisius. *De Usuris etc.*
ARNOLDUS ab IDSINGA, Frisius. *De Probationibus.*
MARIUS BEUKENS, Frisius. *De Fide Instrumentorum et Amissione eorum.*
JACOBUS MOLTMAKER, Groeninganus. *De Testibus.*
HABBO a WESTENDORFF, Fris. Orient. *De Sponsalibus etc.*

Denique, nec id tacebo, duos Juvenes ornatissimos operam mihi benevole commodasse in parte Indicis concinnanda; D. Tilemannum Zuhr Muhlen et Arnoldum Mauritium Holscherum, *Frisios Orientales.*

INDEX QUAESTIONUM

PARTIS III.

170. An causae exhaeredationis pares vel graviores *Nov.* 115. admittantur. t. 2. 2.
171. An exhaaredatio per reconciliationem tollatur. 4.
172. Bonorum possessiones an in Frisia sint abolitae. 9.
173. An tastamentum prius clausula derogatoria munitum tamen per posterius tolli possit. t. 3. 2. et 5.
174. An etiam posterius testamentum simpliciter factum tollat prius, in quo est talis clausula derogatoria. 5.
175. An posteriore testamanto a testatore abolito, prius convalescat. t. 4. 6.
176. An haeres ex re certa, habeat etiam jus accrescendi. t. 5. 8.
177. An casua substitutionis, *si primus haeres non velit*, etiam extendatur ad casum *si non possit.* t. 6. 1.
178. An et quatenus haeredum parantes a substitutis excludantur. 2.
179. An si primus haares deliberans moriatur, substitutus etiam excludatur. 5.
180. An etiam hoc fiat, si primus haeres sit minor, isque adierit haereditatem, postea vero restituatur. 6.
181. An aditio haereditatis recte ponatur ut requisitum pupillaris substitutionis. 7.
182. An et quare substitutio vulgaris expressa contineat pupillarem tacitam, et pupillaris expressa vulgarem tacitam. 8.
183. An etiam substitutio vulgaris tollat suitatem et ex necessario voluntarium haeredem faciat. 8.
184. An etiam haeres neglecto inventario Trebellianieam amittat. t. 8. 8.
185. An filiusfamilias, neglecto inventario, amittat etiam legitimam. 8.
186. An neglecto inventario haeres teneatur etiam legatariis ultra vires haereditarias. ibid.
187. Testamentum parentum inter liberos an rectius dicatur et sit ultima voluntas intestati. l. 29. t. 1. 2.
188. An hujus testamenti privilegia extendantur ad testamentum nuncupativum. 2. fin.
189. Extraneo haerede in ignorantia mortuo, ante aditionem, non fieri transmissionem; sed in hoc casu an restitutioni locus sit. t. 2. 2.
190. Quando aliquis fratris vel sororis liberos haeredes instituit, an etiam qui post obitum testatoris nati sunt fratris aut sororis liberi, ad haereditatem admittantur. 3.
191. Quatenus infantes, pupilli, furiosi haereditatem transmittere possint. 4.
192. Jus accrescendi in fideicommisso, deturne fiduciario, an fideicommissario. 7.
193. Haeres ex re certa, licet illam rem certam capere nequeat, tamen jus habet accrescendi. 7.
194. Quando quis coactus est facere testamentum, utrum tunc haereditas ad fiscum, an ad haaredes ab intestato pertineat. t. 6. 2.
195. An si legatarius alienae rei, emerit illam sciens, aestimationem petere possit. l. 30. 31. et 32. t. un. n. 5.
196. Quatenus et an etiam detur actio ex empto, in eodem casu. 5.
197. Si sciens emerit Legatarius rem sibi sub conditione relictam, an pretium actione ex testamento consequi possit, vel legato renunciare videatur. 6.
198. Quid si legata sit res testatori cum alio communis. 8.
199. Quid si legetur res a testatore et legatario pariter empta. 9.
200. Annuum legatum quatenus praescriptione tollatur. l. 33. t. 1. 3.
201. Annuum ex certo fundo relictum, si minus proveniat, an totum debeatur. 5.
202. An sub legato usufructu omnium bonorum, contineantur fideicommissaria bona, haeredibus restituenda. t. 2. 1.
203. Genere legato, utrum electio competat legatario, an haeredi. t. 5. 4.
204. Genus an minuatur per species adjectas. 5.
205. Legato vino, an continaatur carevisia. t. 6. 1.

311. An ei, qui se liti alicui adjunxit, pro eo quod interest sua, opponi possit exceptio rei judicatae. 7.
312. Praescriptio biennalis rerum minutarum, an salva conscientia possit usurpari. t. 3. 3.
313. Actiones personalas an fiant litigiosae, per plenam litis contestationem, an vero cum primum lis est mota. t. 6. 3.
314. An correi gaudeant beneficio divisionis, et quid juris si quis cum femina eorreus sit factus. l. 45. t. 3.
315. Renunciatio beneficiorum fidejussionis debet esse expressa, non aeque specialis. l. 46. t. 1. 3. sq.
316. Verba, *een voor al, of elk besonder*, non auferre beneficium divisionis. 4.
317. An fidejussor obligare se possit ad mortem, carcerem, aut exilium. 2.
318. Capta civitata si debitor hosti solvere coactus sit, an boste pulso vetus creditor adhuc agare possit. t. 3. 2.
319. Solutio facta a debitore plurium cansarum, eui debito impntanda sit, et nsus negotii. 4.
320. Obligatio conditionalis alternativa non tollitur per acceptilationam, et quare. t. 4. 2.
321. Fidejussor, qui cavit judicatnm solvi, an liberatnr absolutione vel condemnatione rei, siquidem is appellaverit. t. 7. 2.
322. An et quatenus delicti aestimatio pendeat a lege. l. 47. t. 1. 2.
323. Delicta imperfeeta an ordinariis poenis affici qneant. 4.
324. Culpa in delietis an etiam punienda. 5.
325. Coneursns actionum ex delicto, quomodo gubernandus. 6.
326. Furtum usus an hodie pro furto habeatur. t. 2. 1.
327. Qui partem furatus est, an totius fur sit. 2.
328. Domestica furta lenius an gravius punienda caetaris. 3.
329. Poenitentia an liberet actione furti. 5.
330. An fur praater poenam eorporalem, hodia qnoque teneatur ad damnum sarciendum, vel ejus haeres, disputatur contra Carpzovium. 6.
331. An qui rem sibi debitam eripuit, raptor sit, an secus. t. 8. 3.
332. An magistratus totaque collegia injuriarum conveniri possint: Etiam injurias in officio sibi illatas, aestimara sibique applicare possunt. t. 10. 3. sq.
333. Actio ad palinodiam an a Procuratora generali possit moveri. 6.
334. Infamia an ex injuriarum aetione sequatur. 7.
335. Magi et ineantatores an et quatenus puniendi. t. 11. 5.
336. Haeretiei an et quatenns pnniendi. 8.
837. Abigėi numquid recte poena eapitali adficiantur. t. 14.
338. An et receptatores in privatis delictis pnniendi. t. 16.
339. Stellionatus crimen an sit famosum. t. 20. 2.
340. An in processu inquisitorio eriminis, fiat litis contastatio etc. l. 48. t. 3. 3. sq.
341. Querelae da pravo ragimine an faciant crimen. t. 4. 3.
342. An contra principes Germaniae, et eontra Societates Indicas crimen committatur. 3.
343. Reetene poena laesae majestatis ad filios extendatur. 5.
344. An sub filiis in illa poena nepotes contineantur. 7.
345. An solo silantio crimen mejestatis committatur. 4.
346. An maritus rem babens eum soluta, sit adulter, disputatur adversus Carpzovium. t. 5. 2.
347. Adulterii poena quae fuerit Lege Julia. 3.
348. Rectene mulieres adulterae jure novo mitius puniantur, quam adulteri. ibid.
349. Poena ad ulterii pecuniaria, num defendi possit. 4.

INDEX OBSERVATIONUM

QUÆ DECISIONIBUS IN SUPREMA FRISIORUM CURIA NOVITER FACTIS, IN HOC TOMO III. CONFIRMANTUR.

19. Jus venditoris, qui jus pignoris in re vendita pactus est, quod ad ordinem inter creditores, non extenditur ad alia, licet eodem venditionis instrumento comprehensa venditionique adjuncta. 26.
20. Ordo creditorum sententia definitus est, tertius appellat et obtinet contra primum; quaesitum an et hic secundo praeferatur, an vero secundus fiat primus et in tertii locum primus succedat. 30.
21. Mobilia non esse exempta actioni hypothecariae, respectu tertii possessoris. 32.
22. Clausula constituti non tribuit jus praelationis inter creditores. 32. Non esset tamen omni praerogativa. 32. Quatenus qui hanc habent, impedire possunt, ne priores creditores rem distrahant. 32.
23. Evicto pignore non teneri venditorem emptori, sed tamen nec emptorem cogi posse ad solvendum pretium, si res prius evincatur. t. 5. 5.
24. Programmatis in hypothecis vendendis ad excludendos creditores usus ingens, an in Frisia locum habeat. t. 6. 6.
25. Quando superficies sive domus alieno solo imposita, hypothecae obligata fuit, deinde combusta et a tertio restituta, creditores hypothecarios nihil in eam juris habere. 9.
26. Jus luendi pignoris nulla temporis praescriptione tolli, πραγματικῶς demonstratur et recto usu explicatur. 11.
27. Si pecus venditum vel permutatum sit mortuum, ex causa, quae ante venditionem extiterat, redhibitionem habere locum, sine vitiorum discrimine. l. 21. t. 1. 5.
28. Non omnia, quae rebus venditis affixa sunt, emptori cedere, quaedam vero etiam non affixa illum sequi, exemplis rei judicatae probatur. t. 2. 8. sq.
29. Venditor in publico programmate celatis dolo rei venditae oneribus, etsi apud venditionem pactus sit, ne hac causa teneatur, tamen in id quod intereat convenitur; secus, si dolus absit. 9.
30. An non saltem quanti minoris? Ne id quidem. 9.
31. Clausula venditionibus adjecta rem vendi cum juribus, commodis ac oneribus ad eam spectantibus, non liberari venditorem a praestatione onerum notabilium, et quae non constat emptori fuisse nota, exemplis rerum judicatarum exponitur. 10.
32. Venditores plures aut haeredes unius, singuli in solidum tenentur; Sententiae hac de re in speciem contrariae, Camerae Spirensis et summae Fris. curiae. 12.
33. Venditorem in casu evictionis denunciatione facta, licet ad periculum litis teneatur, tamen ad actum interventionis pro emptore non cogi invitum, ut prolixe probatur, etsi aliter saepe judicatum. 13. seqq. Nisi promiserit, expresse vel tacite; Consequenter, promissionem interventionis ab invito haud exigi posse, nisi immineat evictionis periculum, vel alia pericula sint conjuncta. 18.
34. Creditores venditoris, qui pecunias ab emptore acceperunt, re vendita deinceps evicta ad evictionem praestandam non teneri, nisi ex promissione speciali. 18. fin.
35. Maritus qui rem uxoris vendidit, de evictione non tenetur, nisi, proprio nomine, non adjecta qualitate maritali, venditorem se professus sit. 20.
36. Qui sciens in divisione accepit rem alienam aliive obnoxiam, non habet evictionis actionem, et scientia inter cohaeredes facile praesumitur. 21.
37. Usuras usurarum, quae cum sorte deductae sunt in condemnationem, etsi jam fuerint taxatae, non esse licitas: Non videri tamen id locum habere in

58. Contra instrumentum publicum testes non audiri, narrata illorum equidem posse refelli, et falsi licere coargui: qui haec cohaereant, exemplo rei judicatae declaratum. 12. sq.
59. Signa sive notas hominum illiteratorum de jure non sufficere pro subscriptionibus, secus tamen usu receptum. 14.
60. Instrumenti publici copia negari nequit, his quorum interest etsi jus antiquum vel necdum sit natum. 20.
61. Instrumenta sine partium consensu recognita nullam habere probationis vim, licet ab eodem notario, qui scripsit, recognita sint, licet aliis concurrentibus adminiculis. 21. sq. Nisi a parte adversa fuerint agnita in judicio et durante eadem instantia perierint. 23. Exceptis iis, quae eduntur a personis publicis, ratione officii. ibid.
62. Exemplum instrumenti, licet partibus non vocatis re cognitum, postea tamen inter easdem partes habet probationis vim quin etiam inter eorumdem successores. 24.
63. Exhibitio instrumenti sola non probat cessionem sive mandatum. 27.
64. Testamento aliove instrumento amisso, probationem difficulter confici posse, et quid hoc casu requiratur aut facto opus sit exemplis judicatis declaratur. 29. sq.
65. Lenones ut testes citatos ne quidem audiendos esse. t. 5. 2.
66. Impuberes audiri quidem ut testes in causis criminalibus; at sine jurejurando et cum effectu praesumptionis, non probationis. 2.
67. Minores 20. annis, in criminalibus difficilis probationis, cum teste majore admitti posse. 5.
68. Is, qui alium vocavit ad interveniendum pro se, licet hic nondum sit condemnatus, tamen eumdem ut testem ciere non potest. 6.
69. Pars laesa, criminali judicio potest a procuratore generali ut testis citari, atque admittitur; non tamen si eadem pars laesa judicium adversus eumdem reum pecuniarium habeat. ibid.
70. Judices et arbitri in causis a se terminatis possunt esse testes in judicio appellationis, quod ad ordinem judicii attinet, non quod ad merita causae. 9.
71. Fratres et sorores domibus separatos aliquando in civilibus admitti testes. 11. Non facile in matrimonialibus. 12.
72. Privilegium, quo cognati et adfines ad quintum usque gradum, non coguntur inviti dicere testimonium, a Graecis ad causas criminales restringi, idque ab usu fori rebusque judicatis non videri alienum. 14. sq.
73. Adfinitate soluta, durare privilegium, quo privignus non cogitur dicere testimonium adversus novercam. 16.
73. Advocatum adversus clientem suum non cogi testimonium dicere, si adhuc actu patrocinetur, secus si desierit; aut forte si a testimonio illo tota causa dependeat. 17.
75. Testes singulares in unum rei finem conspirantes et convenientes saepe conjungi ad plenam fidem probationis faciendam. 18 sq.
76. Fidem testium saepe magis a causis scientiae redditis, quam e numero esse colligendam, exemplo notabili declaratur. 19.
77. Testem ad agnoscendam personam, etsi hominem in faciem non sit intuitus, posse tamen aliter plenam facere fidem. 20.
78. Mennonitas Deum testem invocare nolentes, adversariis invitis, non esse audiendos. 25. Nec tamen ideo mulctandos. ibid.
79. Quando quaeritur, an testis sit idoneus, et res facti est, non facile tamen faciendam esse interlocutionem. 27. sq.
80. An aliquis testes producens rogare possit judicem, ut velit rogare testes, numquid iis amplius de causa, quam

a se depositum est, compertum sit: Disputatur ita; judicatum esse contra 28.

81. Testem semel ab aliquo admissum in prima instantia, in judicio adpellationis sine nova causa non posse reprobari. 31.

82. Praeparatorias Testium examinationes quae vocantur, nullo jure fieri, nec ad eas quemquam cogi posse. 34.

83. Testes in perpetuam rei memoriam examinati, ubi causa dein ventilatur, iterum, si haberi possint, examinandi. 35.

84. Verba viri ad mulierem: *Nunquam te deseram, ero tibi fidelis, houen getrou*, non inferre matrimonii fidem; si tamen apud concubitum prolata sint, varie esse judicatum. l. 23. t. 1. 11.

85. Probationem in matrimonio debere esse indubitatam; nec facile juramento suppletorio esse locum. 12.

86. Qui obtulit fidem conjugii et arrham, quamdiu alter vel altera non acceptavit, posse revocare sive renunciare. Post acceptationem, et post moram aliquam, etsi alterum statim poenituerit, non esse revocationem. 13.

87. Conditione, sub qua nuptiae sunt contractae, deficiente, nullam esse obligationem, etsi materia non sit essentialis matrimonio; sed modum et promissa, quibus se conjux obstrinxit, non dare causam nuptiis revocandis. 17.

88. Non esse verum, quod filius aut filia major annis XXV. sine patris sui consensu nubere possit, ac ita judicatum, etsi aliquando aliter. t. 2. 6.

89. Curatore, qui primo dissentit, deinde consensum adhibente, hac lege, ut quaedam bona sint adfecta commodo propinquorum, non valere pactum. 9.

90 Curatorem, qui consensit in nuptias adultae suae, commodo propinquorum suorum, minus ex re puellae, ut suspectus removeri potest. ibid.

91. Curator, quo sciente, licet inconsulto, nuptiae ab adultis contractae sunt, non potest recusare: quo minus rationes reddat. 10.

92. Qui sponsalia contraxit, hac lege, ne mulier ipsum unquam in judicio conveniat, nihilominus conveniri potest. l. 23. t. 1. 19.

93. Liberi e matrimonio publice non celebrato nati, parentibus suis, ut legitimi, atque etiam una cum liberis e solemnibus nuptiis natis succedunt. t. 2. 11.

94. Nuptiae cum spadone sive notorie impotente, non tamen eunucho contractae, non confirmandae, sed rescindendae sunt. 13.

95. Mulier pactis nuptialibus sibi rerum suarum dominium et administrationem reservans, nihiloque minus sibi jus dotale stipulata, nihil agit, nec privilegia dotis adquirit, in praejudicium tertii. t. 3. 9.

96. Socer genero, filiaeque promisit, se ad sustinenda onera matrimonii certam pecuniae summam quotannis daturum; Filia mortua, gener illud annuum, etsi liberis superstitibus petere non potest. 11.

97. Donationem propter nuptias cautam mulieri posse negari, si per illam steterit, quo minus matrimonium impleretur per copulam carnalem. 12.

98 Dotes non esse quidem abrogatas in Frisia, rarissime tamen constitui, quia non maritis, ut dotes, sed mulieribus dantur, ut in matrimonium inferant, quae nota est paraphernalium. 18.

99. Promissionem matrimonii puram, etsi verbis futuri temporis contractam, non posse aboleri per contractum verbis praesentibus initum, ex ratione juris et moribus. l. 24. t. 2. 3. sq.

100. Matrimonialis contractus pure, licet verbis futuri temporis initus, non potest retractari, nec alteri ab altero remitti. Concessum tamen mulieri ex tali contractu agenti, contra virum contumaciae reum, ut ipsius petitio

rejiceretur, quo ad alias nuptias transire possit. 6.

101. An separatio thori et mensae petentibus conjugibus concedi debeat. 19. Varie pro meritis causae judicatum.

102. Si ususfructus et annui reditus in communionem conjugalem inferantur, videri reditus uxori, finito matrimonio, restituendos; secus tamen judicatum. t. 3. 5.

103. Dos promissa, post mortem uxoris et liberorum a patre tanquam haerede peti posse videtur, aliter ac Sandius disputat. 8.

104. Dos necessaria, quae debetur stupratae, aestimatur secundum id, quod virgo in casu nuptiarum habitura fuisset; non venisse tamen in calculum, donationem virgini factam post stuprum commissum. 11.

105. Impensas necessarias in res uxoris factas, pro dimidia parte marito restituendas esse, licet fundus inde non sit factus majoris pretii. l. 25. t. 1. 5.

106. Pueri suppositi licet a patre agniti exemplum notabile. t. 3. 4.

107. Mater alimenta in liberos impensa non nisi pro parte dimidia repetere potest, licet aliter Sandius. 7.

108. Ecclesiae prohibitae non possunt cogi ad alendos pauperes suos, licet promiserint, secus in his, quae tolerantur. 9.

109. Universitas una non potest aliam cogere ad recipiendos veteres indigenas suos ob metum futurae paupertatis. 10.

110. Ex alimentis perceptis nullam nasci obligationem, nec alumnos studiorum ad ministerium doctrinae suae teneri ἀντιγένεις suis, nisi ex officio gratitudinis, aut lege speciali, vel pacto. 11.

111. Mulier, cujus vir diu abfuit, ut non constet ubi sit, admitti potest propria qualitate, tam in judiciis quam contractibus. l. 26. t. 1. 4. Non tamen ob id solum, quod mariti copia non sit. 15.

112. Si nupta sit major annis xxv. maritus minor, illam per sa res et causas agere posse videri. 7.

113. Virum cavendo pro uxore de rato, se hactenus exuere potestate maritali, non tamen opus esse ad hanc conservandam, ut dicat, se agere tanquam curatorem. 11.

114. Quod si vir pro se et uxore sua se dixerit agere, etsi negotium ad hanc solam pertinere possit, nihilominus totum pro illa subsistere. 11. sq.

115. Mulierem cum viro vel contra virum aliquid jure agentem, non egere curatoris ad litem. 12.

116. Jus mulieris, quo sine viro ad res oeconomicas agere et contrahere potest, non tantum ad modicas et quotidiani usus, sed et ad majoris momenti res producendum. 13.

117. Maritum sine consensu uxoris obligationes ejus aliis cedere posse, imo et superficies rusticas vendere posse videri. 18.

118. Tutorem non teneri de pecuniis mutuo datis, si parem diligentiam ac in suis rebus adhibuerit. t. 7. 7.

119. Tutor, cui administratio commissa non est, si collegam male administrantem, suspectum arguere neglexerit, ad rationes quidem reddendas cogi non potest, tutelae actione in id quod interest, potest. 11.

120. Curator, qui pro minore se in officio obligavit, finita cura non potest conveniri, licet clausulam adjecerit ejusmodi, sub hypotheca meorum et pupilli bonorum: secus, si etiam promiserit, se redditurum esse pecuniam pro se, pro pupillo et pro haeredibus suis. 14.

121. Inventarium etsi publice faciendum a tutore, potest tamen remitti ut privatim fiat, ob majores sumptus, modicis patrimoniis. t. 7. 3.

122. Item; si pater pupillorum id fieri prohibuerit, etsi in scheda privata vel rationum libro. ibid.

rescissum, prius tamen non convalescat, nisi posterior rescissio facta sit hoc animo, ut prius vires suas recuperaret. t. 4. 6.

149. Quod si non plane constet, posterius testamentum rescissum, fuisse rite factum, (ut difficulter potest, si tabulae penitus sint abolitae) prius adhuc integrum existens valere potest. 7.

150. Haeres ex re certa solus institutus capit omnem haereditatem, ex regula juris non abolita in Frisia; secus tamen judicatum refertur, ubi res plures, e quibus haeres institutus esset, fuerant enumeratae. t. 5. 7.

151. Haeres ex re certa manet haeres, etsi illam rem certam capere non potuerit, at nihilominus jure gaudet accrescendi. 8. et l. 29. t. 2. 7.

152. Qui solus haeres ex usufructu, totam accipit haereditatem, l. 28. t. 5. 9.

153. Quando haeres aliquis ex usufructu institutus est, at post mortem ejus alii, haeres ex usufructu statim fit haeres cum onere fideicommissi. Alias tamen dubie judicatum respectu Trebellianicae ab haerede ad vitam, detrahendae. 9.

154. Testatrix liberos haeredes scripsit, maritum illis substituit, liberi ante matrem sunt mortui; si vulgariter substituti sint, maritus succedit, si per fideicommissum, maritus excluditur. t. 6. 12. sq.

155. Aditio pura ad excludendum beneficium inventarii, post intimationem beneficii cessat. t. 8. 3.

156. Qui res haereditarias ita contractat, ut fraudem facere potuerit, amittit beneficium inventarii. 5.

157. Inventarium non semper totum noviter conscribendum ad usum beneficii. 6. fin.

158. Testamentum a testatore milite, durante expeditione, non in castris scriptum, sed ab eodem non subscriptum, habere vim testamenti militaris. l. 29. t. 1. 1. Similiter quod apud hostes in carcere factum. ib.

159. Si frater non adierit haereditatem fratris sui, non potest eam transmittere ad haeredes suos, ne *hodie* quidem. t. 2. 1.

160. Scriptis haeredibus fratrum et sororum liberis, non esse admittendos, qui post obitum testatoris erant nati. 3. sq.

161. Infantibus mortuis, an et quatenus eorum bona ad ipsis proximos devolvantur. 4.

162. Rei alienae legata rarioris usus, nec facile praesumenda. l. 30. 31. 32. t. un. 4.

163. Legatarium rem alienam, sibi legatam sciens, antequam dies cedat, emens, non repellitur a petitione, postquam dies venit. 5.

164. Uxor marito legans fundum constante matrimonio emptum, pretio necdum soluto, videtur legare suae partis proprietatem et partis mariti pretium. 10.

165. Nisi addiderit, se velle, ut aes alienum communiter solveretur, tunc suam modo partem legasse videtur: Nisi rursus emptio fundi nullam dominii partem ipsi praestare potuerit, ut in casu retractus gentilitii a parte viri; tunc integrum fundi pretium marito legasse videtur, non obstante praecepto de aere alieno communiter solvendo. ibid.

166. Haeres ex legitima sola, gaudet jure accrescendi, non aeque, si optionem acceperit, aut certae rei legatum mallet, atque hoc acceperit. 13.

167. Sub usufructu omnium bonorum non semper contineri fideicommissa haeredi restituenda, notab. exempl. l. 33. t. 2. 1.

168. Jus fisci de indignis, non esse sublatum in Frisia. l. 34. t. 9. 6.

169. Fideicommissa universalia cum restitutione statim facienda, hodie dari perpauca, non esse tamen ab usu remota, exemplo demonstratur. l. 36. t. 1. 2. sq.

188. Donatio a donatario non acceptata, non parit actionem vel exceptionem. l. 39. t. 5. 1.

189. Donationes omnium bonorum praesentium et futurorum, in foro vix probari, et magis esse ut irritae habeantur: qua de re tamen disceptatur. 4.

190. Non valere etiam pactum successionis futurae, tametsi translatio omnium bonorum in alium recte perficiatur. ib.

191. Donatorem remunerandi causa non posse agere in id quod interest sua, rem donatam sibi non esse praestitam, sed tantum ad salaria operae praestitae. 7.

192. Donatio facta, si donatarius supervivat donanti, etsi forma contractus celebrata, pro donatione mortis causa habenda est. t. 6. 2.

193. Donatio facta cum mentione mortis, sed ita, ut nullo casu revocetur, magis est ut absque insinuatione valeat. 3.

194. Etsi jus alluvionis agri cujusque proximi dominos augeat, rempublicam nihilominus illud alii permittere posse, sub lege muniendi alluviones aggeribus, ut tamen vicini, quorum est jus alluvionis, praeferantur. l. 41. t. 1. 10.

195. Quibusdam judicum absentibus, a reliquis recte ferri sententiam, etsi major collegii pars absit. l. 42. t. 1. 14. Cum temperamento. ib.

196. Causam, cur paribus sententiis fiat absolutio, non tam esse favorem rei, quam quod nihil novi possit fieri. Hinc veniam aetatis, alienationem rerum minorennium, paribus suffragiis negari. 16. et 17.

197. In quaestione de exceptione *Paribus suffragiis* rejicienda vel admittenda, judicatum esse pro rejectione; secus disputatur. 17.

198. Quando pars judicum corpora punit, pars pecunia mulctat, pars torquere vult, hos mitius punientibus conjungendos. 18.

199. In ferenda sententia dicendisque suffragiis recte a junioribus incipi, nulla habita praevia deliberatione. 19.

200. Actore certas res in judicium deducente, reum non posse res plures, etsi cohaerentes, inferre in judicium, nisi per reconventionem. 31.

201. Conditionem, *si juraverit* actor vel reus, non bene sententiae inseri. Insertam tamen suspendere sententiam, firmare impletam: Item de conditione, *si probatum erit.* 34.

202. Sententiam posse aliquando secundum rei dicta ferri, et tamen esse condemnatoriam, scilicet in id, quod reus obtulit actori ad satisfactionem; eo quod melius sit reum condemnari, quam mediante oblatione absolvi. 36.

203. Fructus aliasque rerum accessiones ante litem contestatam commissas, non, nisi petantur, adjudicari posse: post litem contestatam posse: non debere necessario, si non petantur, adjudicari. Idemque de impensis litis. 36. sq.

204. Litigatoribus mortuis ante sententiam, non esse opus *readsumptione*; ad ferendam sententiam, sed tantum ad procuratorem *qualificandum.* 40. sq.

205. Sententiam non posse mutari, licet errore manifesto, posse tamen ob errorem memoriae, negari executionem ex causa rei judicatae. 43.

206. Nec capitalem sententiam posse retractari, licet errore comperto, sed principem consulendum: Nisi qua curia in jura dicundo jus Principis exerceat. 44.

207. Quamvis sententia propter instrumenta noviter reperta retractari nequeat, facile tamen concedi actionem aliquam aut oppositionem ex causa justa adversus executionem. 45. sq.

208. Quamvis actio rei judicatae novas et a causa litis diversas habeat qualitates, ab illa tamen saepe recipere interpretationem, exemplo declaratur. 49.

233. Ei, qui se liti alicui adjunxit, pro eo quod interest sua, non potest opponi exceptio rei judicatae. 7.

234. Mandatarius primus et qui ab alio substitutus est mandante ignaro, non sunt eaedem personae, respectu exceptionis rei judicatae. 7

235. Dolia cerevisiae non esse referenda inter merces minutim venditas ratione praescriptionis biennalis ex statuto. t. 3. 3.

236. Victus pretia paucorum dierum vel septimanarum, uti jure mercium minutarum, non si ad annum, vel magnam anni partem convenerint. 3.

237. Praescriptio illa biennalis obstat, etsi debitor probare velit, aut probet, causam debiti esse justam, nec debitum esse solutum, si modo tamen debitor neget. 3.

238. Actio personalis, non tantum fit litigiosa per litem contestatam, sed etiam lite primum mota. t. 6. 3.

239. Pactum debitoris, ut solvat suo arbitratu, sive pro lubitu, est personale, nec prodest haeredibus. l. 45. t. 1. 4.

240. Correos etiam hodie gaudere beneficio divisionis. t. 2.

241. Qui cum femina fit vere correus, in solidum tenetur. ib.

242. Qui simpliciter se fatetur debitorem ex alieno contractu, non est fidejussor, sed ipse reus. l. 46. t. 1. 1.

243. Qui solus subscripsit instrumento, quod memorat tres correos, cum de duobus non liqueat, solus tenetur ut reus, non ut correus, nec habet beneficium divisionis. ib.

244. Qui promittit se soluturum quod alius debet, quam primum monitus fuerit, non amittit beneficium divisionis. 5.

245. Qui fidejussit in certam summam pro alio, simpliciter tenetur, etiam quando debitor illam summam creditori semel solvit et denuo sese in eamdem summam obligat. 9.

246. Fidejussor, qui rem, pro qua fidejussit, habet in manibus, non tenetur eam reddere, nisi a fidejussione liberetur, dari tamen justas causas, quibus sub alia cautione cogi possit. 10.

247. Quando colonus fundum sublocavit, eumque colonum dominus acceptat, iisdem licet conditionibus, haec est novatio, per quam primus colonus et ejus hypotheca liberatur. t. 2. 2.

248. Quando debitor plurium causarum dixit, cui debito facta solutio, creditor, qui habet pignus respectu illius debiti, non potest ob reliqua debita jus pignoris illius contra tertium exercere, licet adversus ipsum debitorem possit. t. 3. 4.

249. Quando debitor plurium causarum simpliciter solvit, nec creditor ab initio statuit, cui debito id esset imputandum, aut in vetustius, aut in id quod habet fidejussores, imputationem esse faciendam. 4.

250. Debito multis pensionibus solvendo, si de omnium solutione constet, excepta prima, solutionem primae in dubio non esse praesumendam. 6.

251. Apocha certae quantitatis referens se ad debitum incertae summae, totum illud perimit, nisi aliud ex circumstantiis liqueat. t. 4. 5.

252. Fidejussor judicatum solvi, non liberatur, quando reus, pro quo fidejussit, condamnatus appellavit, a reo petere quidem potest, ut liberetur, tametsi judicis inferioris mentio tantum facta fuerit. t. 7. 2.

253. Fures et peculatores poena corporali non esse liberandos a damno sarciendo. l. 47. t. 2. 6.

254. Non esse admittendas in foro nimis levium injuriarum actiones; qualis haec, tu porcum occidisti, et similes. t. 10. 1.

255. De vitiis corporis non facile agendum injuriarum; posse tamen agi etiam de dotibus naturae aliquando, ut si

286. Ambitus poenam bodie jura quidem non esse impunitam, faeto seeus. 5.

287. Conventiones de venditione munerum publieorum etsi inter eontrahentas aetionem non pariant, posse tamen parere inter baeredes. 5.

288. Paetiones quoque peeuniarias de muneribus publieis valere, si non exeedant summam eentum aureorum. ib.

289. [illegible] erimen, cujus poena non exeedit relegationem, [illegible] habere torturam. t. 18. 2.

290. Vagabundos et mandieos etiam eausa non eognita, quod alioqui non lieet, subjici posse tormentis. 3.

291. Non suffieere ad torquendum, indieia, quae vulgi opinione experientia magis quam ratione naturali eonstant. 4.

292. Qui bis tortus, bis eonfessus, bis revocavit eonfessionem, bune aliquando posse damnari, aliquando extra ordinem puniendum. 11.

293. Poenas delietorum peeuniarias, jure Romano statutas, etsi ex analogia rationis adhue obtinere deberent, non esse tamen in usu. t. 19. 2.

294. Exilium perpetuum, non esse poenae speeiem in Foro Frisieo obsoletam. 4.

295. Poenas corporales quandoque seeretis loeis infligi. 5. Restitutionem damnatorum ex gratia esse jus majestatis, nec tamen usitatum in Frisia. t. 23.

296. Quando unus ex soeiis se post fatalia jungit appellationi ab alio faetae, non potest terminos ejus appellationis exeedere. l. 49. t. 1. 7.

297. Fatalia appellationis diffieulter a judiee prorogari posse. t. 4. 2.

298. Insinuatio facienda judiei in easu appellationis statuto Frisieae praescripta, non solet tamen omissa inferre nullitatem. 3. et 4.

299. Appellatio ab aliis gravaminibus quam a sententiis definitivis neeessario in seriptis faeienda. t. 6. 6.

300. Remissio eautionis, quae fisco indulgatur, produeta ad fiseos improprie dietos eivitatum munieipalium. t. 7. 2.

301. Pendente appellatione, si peeuniae [illegible] praeeludantur, eam non esse novationem. [illegible]

302. Appellatione super valore matrimonii interposita, si eohabitatio, lieet incboata, probibeatur, eam non esse novationem. 3.

303. Compensationem objeetam in judicio appellationis, lieet in priore instantia mota non fuerit, tamen non esse novationam. 6.

304. Cautio juratoria non videtur habere vim satisdationis ad consequendam exeeutionem sententiae, a qua supplieatio sive revisio faeta est, nisi quatenus securitati vietoris aliter consuli potest. t. 13. 5.

305. Sententia pro uno eonsortium lata in judicio Revisionis, prodest etiam alteri. 10.

306. Revisio non habet loeum in eriminalibus, nee in matrimonialibus, nee in pronuntiationibus de plano factis 11.

307. Revisionem revisionis ei, contra quem Revisio petita fuit, dari, judieatum esse. 12.

308. Bona eorum, qui sine baerede deeedunt, non ad civitates munieipales, sed ad fiseum totius reipublieae pertinere. t. 14. 2.

INCIPIT PANDECTARUM

PARS IV.

LIB. XX. TIT. I.

DE PIGNORIBUS ET HYPOTHECIS, ET QUALITER EA CONTRAHANTUR, ET DE PACTIS EORUM.

I. Pignoris ac hypothecae significatio. II. Divisio Pignoris, et species pignoris publici. III. Pignus contumaciae causa. IV. Pignoris privati differentiae. V. Verba requiri clara et specialia Pignori statuendo. VI. Divisio hypothecae in generalem et specialem, et quae res sub generali contineantur, aut secus. VII. Realis hypothecae nexus. Usus actionis hypothecariae, inprimis adversus ipsum debitorem ejusque haeredes. IX. Quo sensu dicatur, hypothecariam actionem esse individuam; scil. quemque teneri, quatenus possidet, tam haeredem quam extraneum. X. Possessorem hypothecae conventum habere beneficium excussionis, an et in hypotheca speciali. XI. An de rebus mobilibus et obligationibus oppignoratis detur hypothecaria contra tertium. XII. De obligatione hypothecae obligata dari utilem hypothecariam, forte et utilem personalem. XIII. An is, qui utili hypothecaria de obligatione convenitur, ordinis habeat exceptionem, Distinguo. *XIV. De utili hypothecaria in nummos ex re pignorata redactos. XV. Pactum Antichresios exponitur. XVI. Duo pacta de pignore vendendo explicantur. XVII. Pactum Constituti quem usum habeat in pignore. XVIII. Lex Commissoria in pignore prohibita. Una cum alio simili mali moris pacto. XIX. De fructibus et accessionibus actionis hypothecariae.*

(a) Sequitur pars quarta Pandectarum, quae habet duo summa capita, quorum primum est de accessoriis contractuum, de quibus *supra* tractatum est, ut sunt pignora et hypothecae, aedilitium edictum, evictiones, usurae, probationes, aliaque. Secundum est de juribus mere personalibus, ut matrimonium et tutela, cum suis affinibus et sequelis. Pars prior incipit *de Pignoribus et Hypothecis, qualiter ea contrahantur, et de Pactis eorum.* Primam et secundam rubricae partem conjunctim absolvemus. Dum enim quid pignus et hypotheca sit examinamus, proprietates utriusque, et differentias, pariterque modum quo contrahuntur videre necessum erit. Primo omnium, pignus et hypothecam solo nominum sono differre, scriptum et in *l.* 5. §. 1. *h. tit.* non absolute, sed quantum, ut Justinianus monet, ad actionem hypothecariam attinet, in §. 7. *Inst. de Action.* quoniam haec tam de pignore proprie dicto, quam de hypotheca datur. Imo non hujus tantum usus respectu, sed nec proprietate vocum ipsa plus quam sonus interest, quia pignus a *pugno* dictum, significat id quod in manum traditur. Unde valde proprie, dextrae datio *pignus* vocatur *Maroni*,

Dat dextram atque animum praesenti pignore *firmat.* 3. *Æn.*

Inde pro qualibet re clara quam manu arcta complectimur, pignus sumitur: Quintilianus: *Pignora, liberi, dico, parentes et propinqui. lib.* 6. *Inst. c.* 1. *et cap. seq. Obsecratio per carissima* pignora. Denique *pignus* ita dictum est, quod creditori traditur in securitatem. *l.* 238. §. 2. *de V. S* Hypotheca Graecis παρὰ τὸ ὑποτιθέναι, a *supponendo* dicta, eamdem habet significationem; nec enim res, nisi mobilis, poni potest, ut ad *tit. Depositi* observatum est. Verum ut usus artium facile ab etymologia deflecti, sic etiam hac parte fere obtinuit, ut pignus vocetur, cujus possessio traditur creditori. Hypotheca solo

(a) *Pos.* 1. *et* 2.

pacto contrahitur, reique possessionem debitori relinquit, *l.* 9. §. 2. *de pignor. Act.* quomodo etiam in *hac rubrica* verborum oppositio capienda; nec tamen raro promiscue accipiuntur pignus et hypotheca: nam et hypotheca pignus vocatur, in *l.* 17. §. 2. *de pact.* et pignus, hypotheca. *d. l.* 5. *ult. h. t.* Et illum sensum generalem nobis expedit habere in conspectu. Atque eo modo definitur pignus sive hypotheca, quod sit *res obbligata creditori in ejus securitatem, vel*, ut alii malunt, est *Jus creditori securitatis ergo in re debitoris constitutum.* Prior significatio magis est propria, et altera paulo subtilior. Plerumque enim pignus significat rem pignori datam: unde *pignus acceptum, pignus dedit, l.* 33. *h. pignus venditum. l.* 33. *de Pign. act.* Sic etiam *dare hypothecam, l.* 5. §. *ult. h.* Adde §. *ult. I. Quib. mod. re contrah. obl* §. 7. *I. de Action.* ubi; *pignora hypothecasve persequuntur.* Jus in re constitutum alias ea vox significare videtur, ut cum dicimus, *pignori dare, pignori capere, l.* 9. *et l.* 18. §. 4. *de pign. act. l.* 1. *C. si advers. vendit. pign. pignori ponere, l.* 38. *pr. de Legat.* 3. *pignori obligari. l.* 41. *de pign. act.* Idem intelligi potest, quando *pignus contrahi dicitur, l.* 1. *in pr. de pignor. act. et alibi*; nisi contractum pignoratitium ibi malis intelligere, ut et in *l.* 5. §. 2. *Comm.* quod alii malunt.

2. (b) Naturam Pignoris ita late accepti, partitione detegamus oportet. Et quidem prima positione dicitur pignus esse vel publicum, vel privatum. Publicum a lege, vel a magistratu † constituitur. Quod a lege habet originem, vocatur hypotheca legalis et tacita, cujus species *titulo sequenti* occurrent. Quod Magistratum habet auctorem, rursus est *praetorium* vel *judiciale.* Utrumque Praetorem habet auctorem, sed altera species nomen ab eo solo mutuatur, quia non est aliud, quo melius distinguatur; est autem praetorium, quod per missionem in possessionem bonorum fit, ventris, legatorum, vel rei servandae gratia, nec non damni infecti, quorum explicationes *infra suis locis* habebimus. Judiciale pignus a Praetore judicati exequendi causa constituitur, de quo tractat Ulpianus in *Leg.* 15. *D. de Re judicata*, quod cum aeque sit a Praetore quam prior species, tamen ut ab eo discernatur, ab usu speciali potius, quam a communi Praetoris auctoritate nomen habet, ut a judicio *judiciale* vocetur.

3. (c) Exercet adhuc aliud pignoris specimen Praetor, quando obsequii contumaces pignoribus captis ad boni civis et parendi officium cogit, veluti cum tutor administrationem subterfugiens, ad onus suscipiendum captis pignoribus compellitur, *in* §. *penult. Instit. de Satisdatione Tutorum*: quod fieri solitum aliquando violentius, ostiis, cistis, capsis effractis; maxime si quando irati magistratus male reos mulctando affectui indulgerent, quomodo Caesar apud Suetonium Vectii judicis supellectilem diripuit, eoque pertinet, quod M. Tullius *in Philippica* 1. de Marci Antonii Consulis injuria queritur, quod *se domum* Ciceronis *cum fabris venturum minitatus esset*, quo scilicet effractis foribus captisque pignoribus, eum in senatum venire cogeret. Sed hoc pignus ad propositam speciem non pertinet, quia non spectat ad securitatem creditori praestandam, sed ad contumaciam ut apparet, coercendam, vel ad obsequium compellendum. Pignus bujus loci, finem habet crediti securitatem, quae maxime in re pignori jure tradito conspicitur, eoque spectat regula Juris, quae plus cautionis *in re* quam in persona esse dictat, *l.* 25. *de R. I.* unde eleganter pignoris datio opposita satisdationi, vocatur *Solida Cautio* in *l.* 5. *princ. de Haeredit. petit.*

4. (d) Privatum pignus ita distinguitur, ut vel unius, vel duorum voluntate constituatur; per unius voluntatem pignoris constituti, habes notum exemplum in *l. non est mirum.* 26. *D. de Pignor. actione*, Ubi testator pignus in testamento, quod non recipit duorum voluntatem, constituit, et habet usum, quando paterfamilias satis locuples, sed copiis aere alieno maceratis, timet, ne post fata sua, quod ut plurimum adsolet, haeredes sui a creditoribus invadantur, et bona sua, priusquam necesse sit, voci acerbae praeconis subjiciantur; potest eum in finem exponere vires haereditarias, singulisque creditoribus adsignare suas hypothecas, vel pignora, quae tum non esse conventiones, sed jure dumtaxat in re constituta, manifestum est. Pignus, quod duorum voluntate fit, rursus ex pacto, vel e contractu

(b) *Pos.* 3. *et.* 4. (c) *Pos.* 5. (d) *Pos.* 6. 7. *et* 8.

† Pignoris publici instar fuit in Saxonia, Arrestum legitime impetratum, quod jus reale et praelationem prae aliis creditoribus hypothecariis tribuebat, nunc penitus antiquatum *O. P. S. E. I. et E. Tit.* 48. at adeo omnia illa, quae hanc in rem supra ad *Lib. II. Tit. IV.* (Part. nempe II. p. 119.) ex veteris juris ratione annotata sunt, a Juris novissimi studioso expungi possint. Conf. tamen, quae, quoad debitores ad paupertatem vergentes, de inhibitione omnis alienationis, petente, creditore, a magistratu facienda constituta sunt *O. P. S. E. I. et E. Tit.* 51.

fit. Ex pacto, quando per conventionem solam jus creditori * in omnibus, aut certis rebus per illud afficiendis, constituitur; solo, inquam, pacto, tam inter praesentes quam absentes, verbis aut scriptura, ut res tulerit. *l.* 4. *l. pen h.* Hoc pactum edicto Praetoris confirmatum, parit actionem in rem creditori, adversus quemlibet possessorem. *l.* 4. *hic. l.* 17. §. 2. *de Pactis. l.* 9. §. 2. *de pignorat. act.* E contractu venit pignus, quando res creditori in securitatem traditur, ita ut possessio transferatur, quem contractum esse realem pignoratitium, intelleximus *ad tit. Inst. Quib. modis re contrah. obligatio*, ubi et naturam ejus, actionemque declaravimus: idcirco in *hoc titulo* de priori specie, quae est ex pacto, et *Hypotheca* dicitur, potissimum tractabimus, sic tamen, ut pleraque pignoribus proprie dictis applicari possint, quod ex rerum natura facile percipietur, vel opportune commonefaciemus, inter quae et hoc, quod pignus et hypotheca cuilibet obligationi accedere possunt, etiam naturali, et futurae, *l.* 5. *h. t.* modo in jure civili effectu suo non privetur. *l.* 13. *Quib. mod. pign. solv.* 60. *de Cond. indeb.*

5. Haec apud nos ita de Hypothecis etiamnum observantur, neque requirimus, ut auctoritate judiciali pignus confirmetur; quod hodie plerumque requiri, scribit Bekmannus ad *tit. ff. de Distract. pign. n.* 37. et Stokmannus *Decis. Brabant.* 96. *n.* 2. et alii. Sed in hypotheca conventionali constituenda, servandum primo omnium, ut verba rem onere perpetuo affectura, clare exprimantur, non abrupte, non concise nec ambigue; quo loco inde ab initio incidit monere, quod si errore populari, ut in clausulis contractuum non raro fit a nostratibus, scribatur, *sub obligatione, prout juris est; onder verbant, so na regte*, quibus verbis hypothecam bonorum designare volunt: saepe haec in contradictorio, *quod meminerim*, non suffectura, quia nec generalem, nec specialem hypothecam significant: nam vocabulum *verbant* significat obligationem, quae melius ad personam quam ad rem, potest et debet referri, per *l.* 9. *C. Qui pot. in*

* Jure Romano Hypothecam extrajudicialem jus reale producere, quod etiam ratione tertii possessoris sit efficax, satis ex *l.* 4. *et l.* 29 *ff. de pign. et hyp.* §. 7. *de act.* apparet. Carps. *P.* 1. *C.* 28. *def.* 192. Philipp. ad *O. P. S. Tit.* 46. *Cons.* 1. *n.* 2. Struv. *S. I. C. Ex.* 26. *th.* 22. Sed Jus Saxonicum Electorale mobilia quidem valide extra Judicium permittit oppignorari, *P.* 2. *C. El.* 23. *Dec. El.* 60. adeo ut etiam in iis constituta hypotheca extrajudicialis antiquior, potior censeatur hypothecis judicialibus posterioribus, *Carpz. l.* 5. *Resp.* 37. *n.* 1. *sq. P.* 2. *C. El.* 23. *def.* 9 Moller. *ibid. n.* 36. Richt *d. Privil. Creditor. c.* 4. *S.* 2. *n.* 130. Berg. *Rec. Lauterb. p.* 472 In immobilibus autem extrajudicialis hypotheca simplex, tantum in praejudicium debitoris et haeredum valet. *P.* 2. *C. El.* 23. §. *iedoch einer ein Gut.* absque Insinuatione etc. *O. P. S. tit.* 46. *in fin.* nuda adversus eos hypothecaria actio, quae 40. demum annis praescribitur, institui potest, sed tertio ex ea nullum nascitur praejudicium, adeoque, qui talem hypothecam sibi constitui passus est, contra possessorem tertium agere haud potest. Berger. ad *Laut. p.* 472. *et in Elect. Proc. Execut. th.* 4. *et* 6. atque in Concursu creditorum, in Electoratu, ne quidem Chirographariis praefertur. *d. C.* 23. P. 2. ibique Carpzov. *def.* 14. *n.* 1. 2. licet Jure Saxonico Comm. his solis potior esse censeatur. Richt. *de Priv. Cred. c.* 5. *n.* 37. *seqq.* Schilt. ad *ff. Ex* 33. *th.* 12. Quod si hypotheca extrajudicialis, coram Notario et testibus, aut coram duobus vel tribus testibus † constituatur, Chirographariis quidem illa praejudicat, *P.* 2. *C. El.* 23. *pr.* Hypothecariis autem et Arrestantibus posterioribus non aeque, secundum Jus Sax. Comm. Richt. *de Privileg. Cred. c.* 4. *S.* 2. n. 77. Coler. *de Proc. Executiv. P.* 1. c. 10. *n.* 197. et Electorale *Dec. El.* 60. *j. O. P. S. tit.* 44. § 2. *et Ord. Proc. Sup. Lusat. P.* 1. *tit.* 24. *d.* 3. *pr.* verb. *das Dingliche Recht.* Philipp. *ad d. Dec. Obs.* 1. *et* 2. Berger. *ad Lauterb. p.* 472. licet hoc aliud obtinere, ac talem hypothecam arrestis et hypothecis posterioribus praeferri, olim defenderint, Carpz. *P.* 1. *C.* 28. *d.* 125. 127. *P.* 2. *C.* 23. *d.* 14. Moller. ad *eand. n.* 19. Berl. *P.* 1. *Concl.* 66. *n.* 27. et post eos Schilt. *Ex.* 33. *th.* 12. Plenissimum autem hypothecae robur, ea demum quoad bona immobilia in Saxonia habet, quae conceditur (ab eo debitore, qui rei immobilis, quam oppignorare vult, investituram judicialem impetravit. v. *Dec. El.* 61. Carpzov. *dec.* 127. ubi praej. j. Schilt. ad *ff. Ex.* 33. §. 8. Dissent. Nicol. *Res.* 16. *n.* 17. *seq.* 2.) accedente judicis competentis consensu et confirmatione. v. *L. R. l.* 1. *art.* 8. *pr.* verb. *Wo ein Mann sein Eigenthum vergiebt oder versetzt, des soll der Richter Zeuge seyn.* P. 2. C. 23. *Mand. Joh. Georg. l. d. an.* 1623. *d.* 25. *April.* rubr. *Wegen. der Bauer-Guther.* §. *Weil. wir aber. O. P. S. t.* 46. *O. P. Sup. Lus. P.* 2. *tit.* 24 *d.* 2. §. 2. ab ipso debitore impetranda. Carpzov. *ad d. C.* 23. *def.* 23. Competens autem hic judex dicitur, sub quo immobilia immediate sita sunt. Carpzov. *l. c. d.* 20. et qui inferiorem habet jurisdictionem, *Oder Prov. d. ann.* 1555. tit. *Was zu Ober-Rieder oder Erbgerichten. gehorig.* §. *und alles.* Carpzov. *decis.* 64. *at ad d. C. def.* 21. Caeterum licet extrajudicialis immobilium oppignoratio regulariter sit inefficax, valida tamen ea aestimatur, quoties venditor in ipsa re vendita, ante traditionem, vel in ipso traditionis actu, extra judicium sibi hypothecam reservat, vi cujus reservationis etiam anterioribus Hypothecariis, licet in omnibus etiam futuris debitoris bonis, jus reale consecuti sint, praefertur, *O. P. S. t.* 42. §. 2. *Dec. El.* 63. ibique Philip. *Obs.* 2. Moller. ad *P.* 1. *C. El.* 28. *n.* 73. Berl. *P.* 1. *Concl.* 64. *n.* 32. *seqq.* Carpzov. *dec.* 55. *n.* 1. Id. *l.* 4. *Resp.* 27. n. 4. *seqq.*

† Haec olim chirographariis creditoribus praejudicabat, jure tamen novissimo omni effectu destituitur. *O. P. S. E. I. et E. Tit.* 46. §. 1.

pign. l. 18. *C. de Pignor.* etsi non ignoramus, dici rem pignori obligari, videlicet impropric. *l.* 10. *et l.* 13. *h. t.* Atque hoc io ea re aliquanto evidentius est, quam in alia simili clausula judicatum *alias* diximus; circa id scilicet, quod prorogationem jurisdictionis saepe nostrates exprimunt his verbis, *met submissie, so na regte*, intelligentes submissionem judicialem: sed cum nulla in iis verbis judicii mentio sit facta, non possunt effectum habere, licet propius ad rem designatam quam formula prior ad hypothecam, accedant. Denique, nihil inesse tali formulae, jodicatum est in suprema Curia *die* 28. *Septemb.* 1680. nam etsi receptissima sit consuetudo subjiciendi contractibus sive eorum instrumentis, clausulam hipothecae et submissionis, verba tamen ejusmodi esse debent, quae rem explicite prae se ferant. Non est tamen, quod verba captentur, nec adeo certam formulam esse necessariam, satis constabit. *ex tit. de Formul. et impetrationibus sublatis*: modo verba sint clara; tametsi pignoris aut hypothecae nomen, forte non sit usurpatum; veluti si dictum sit pro clausula contractus, *fide et periculo rerum mearum*, sive *per exactionem rerum mearum*; haec et similia stabiliendae hypothecae sufficere creduntur, quae licet pignoris secundum literam non meminerint, aliud tamen quam pignoris aut hypothecae nexum, civiliter significare non possunt. *l. ult. C. Quae res pignori.*

6. (e) Praeter hasce pignoris generaliter dicti divisiones, habet hypotheca proprie dicta suam quoque divisionem; nam est generalis, vel specialis; † Illa quod facile intelligas, omnium bonorum; haec, quae de certis rebus constituitur. Sub generali continentur etiam res ipsius debitoris futurae. *dicta l. ult. C. Quae res pignori.* Sed res haeredis ejus, quae nec defuncti fuerunt, nec ex causa haereditati sunt adquisitae, sub pignore generali non continentur, *l.* 29. *in princ. h. tit.* quamvis enim alias haeres eadem cum defuncto persona intelligatur, eodemque jure in omnibus utatur, quia tamen hypotheca jus est rei, non personae impositum, idcirco rebus aliis, de quibus cogitatum non est, neutiquam impositum videri potest. Excipiuntur etiam hypothecae generali rerum, *quas quis habuit habiturusque sit*, talia, quae verisimile non est, quemquam specialiter obligaturum fuisse; qualia sunt, supellex, vestis, jumenta, quae debitor in usu habet, libri etiam quotidiani usus, vel omnes, si homo studiosus sit, et si quae praeterea ad affectionem debitoris singularem pertineant. *l.* 6. *h. t.* Nonnulli tamen hoc ita temperant, *nisi verba valde sint specialia et praegnantis efficaciae*, qualia fore credo, si quis dicat, omnia sua bona obligare, ne quidem exceptis iis, quae alioquin hypothecae generali per leges excipiuntur, si persona sit ejus rei conscia; caeterum haec formula, quae magis usitata est, *omnia mea bona, nullis exceptis, obligo*, magis est, ut non sufficiat ad abolendam legis exceptionem. Vide Sand. *l.* 3. *tit.* 12. *def.* 9. ac ita nihil obstat, quod Thomasius heic objicit.

SCHOLIUM.

Sed Sandius tamen d. l. *ostendit, etiamsi verba talia sint, ut ex iis constet, contrahentes nihil excipere voluisse, tamen res necessarii usus exceptas censeri.*

* N. ADDIT.

Verum est, nunc nihil obstat, postquam Auctor mentem suam aliter declaravit. At positionibus obstabat utique Scholium, ut in quibus saltem dictum erat, res necessarii usus non censeri oppignoratas, nisi verba valde praegnantia et efficacia sint, ut appareat, contrahentes nihil excludere voluisse.

* (f) Porro non tantum res propriae debitoris sub hypotheca generali continentur, sed et alienae, quatenus in bonis ejus sunt, ut agri fructuarii et emphyteutici. *l.* 16. §. *ult. de pign. act.* Scilicet hoc sensu, ut usufructu et emphyteusi finitis, hypothecam pariter finiri constet. *l.* 31. *h tit.* Quin etiam res debitae, nomina et obligationes, sub omnium bonorum hypotheca comprehendi, placuit in *l.* 4. *C. Quae res pign.* cum nota tamen improprietatis, ut mox intelligemus; certe de mobilibus †† neque

(e) *Pos.* 9. (f) *Pos.* 10.

† Hypothecae generales, sive sint judiciales, sive extrajudiciales, cum in concursibus creditorum, tum contra tertium possessorem vi omni atque effecto carent; jam constitutae habent sexennium, intra quod vigent. *O. P. S. E. I. et E. Tit.* 44. §. 1.

†† In mobilibus neque judicialis neque extrajudicialis hypotheca quidquam operatur; pignus de manu in manum traditum, (constituto possessorio et omni traditione ficta penitus caplosa) reapse possidens jure reali gaudet, et ex illo prae omnibus, qui classe prima non continentur, suum consequitur. Nec in nominibus inhibitio, aut praeceptum de non solvendo, nec simplex scripto comprehensa suppositio jus reale operatur; ut hoc fiat, tradendum est documentum loco pignoris, et si nomen hypotheca gaudet judiciali, securitas vel cessio pariter judicialiter est confirmanda; in debitis feudalibus etiam consensu domini in translationem hypothecae impetrato. *O. P. S. E. I. et E. Tit.* 44. §. 2.

ea de immobilibus, generalem hypothecam esse accipiendam, non dubitatur, quia mobilia nusquam excipiuntur, ubique potius includuntur, ut *ex l. 6. h. tit. l. 1. de distract. pign.* et aliunde passim constat; ut mirer, a Mornacio scriptum, Scaevolae responsum in *l. 34. h.* esse unicum textum, ex quo jure civili probetur, hypothecam posse constitui etiam in mobilibus. Quid, annon ubi est actio hypothecaria, datur hypotheca? Atqui hypothecariam dari de mobilibus, nota doctrina est ex §. 7. *I. de Action.* Nec mores hodierni hactenus discrepant, quamvis in effectu persecutionis contra tertium habent differentiam, de qua *mox videbimus.* Merces etiam venales, per *l. 34. h. l. 34. §. ult. de Usufr.* etsi paulo secus in legatis ea res habeat, *l. 73. §. pen. de Legat.* 3. *l. 32. §. 4. de Aur. et arg. leg.* de quibus vide Wissenbachium *ad h. t. th.* 7.

7. (g) Effectus hypothecae generalis et specialis est, ut in hac quidem res certae et expressae, per illam res omnes et singulae afficiantur in eum modum, ut non nisi cum onere pignoris ipsis impresso alienari possint. *l. 2. C. Qui potiores in pignore. l. 6. eod. L. unic. C. Rem alienam gerentibus.* Excipiuntur servi, quorum manumissio per hypothecam generalem non impeditur, *l. pen. ff. in quib. caus. pign. tac. l. 3. C. de serv. pign. dat. manum.* secus se per specialem. *l. 3. de manumiss. l. 1. C. de Serv. pign. dat. manum.* Wissenb. *d. th.* 9. ubi Auctores. Majoris usus est exceptio tabernae mercium pignori obligatae; nam mercaturae causa placuit, non singulas res, sed universam tabernam hypothecae obligari, ut singulae merces libere alienentur; pignoris autem jure teneatur, quod identidem in taberna reperitur, idque seu generalis sive specialis sit hypotheca. *l. 34. h. t.* Nihilne igitur quoad effectum inter generalem et specialem hypothecam interest? Nihil admodum quoad effectum hypothecae, multoque minus quem vulgus hominum autumat: sed tamen speciale pignus hoc novi adfert, ac ideo fortius adstringit, quod alienationem rei specialiter obligatae fieri prohibet, adeo ut is, qui rem talem alienaverit, stellionatus, aut etiam furti actione teneatur, *l. 3. §. 1. D. Stellionatus. l. 66. D. de Furtis.*

Scholium.

Sed si stellionatus est, non erit Furtum, et viceversa, Tunc enim stellionatus est, si aliud crimen non subsit, d. l. 3. §. 1. Stellion. *Non mirum autem, hac parte dissentire JCtos; nam* l. 66. de Furtis, *Pauli est,* d. l. 3. *vero Ulpiani, cujus etiam opinio nobis videtur verior.*

Responsio.

Dictum est hac de re ad tit. ff. de his, qui infam. not. n. 3. *et dicetur amplius* ad tit. Stellion.

N. Addit.

At in titulo de his, qui notantur infamia, n. 3. *de alia plane quaestione agitur, quae hujus loci non est, nempe an stellionatus crimen sit famosum. In titulo vero* de Stellionatu *Auctor rationes suppeditat quidem, cur Paulus et Ulpianus dissenserint, antinomiam vero ipsam non tollit.*

DE ACTIONE HYPOTHECARIA.

8. (h) Effectus porro hypothecae per actionem hypothecariam exercitus, cum adversus ipsum debitorem, tum contra quemlibet ejus possessorem valet; idque sive pignus sit proprie dictum, sive hypotheca, si nempe pignus amissum in alienas manus venerit. Nam quatenus a creditore detinetur, non tam opus est actione, quam distractione, de qua *titulus infra* proprius occurret. Nomen hujus actionis notum est, quasi-Servianae, cum Serviana simpliciter dicta sit, quae domino fundi datur adversus colonum, ut ex §. 7. *Inst. de Action.* pridem constat. Distinguitur actio quasi-Serviana sive hypothecaria, in directam et utilem. Directa datur creditori ad persequendas res corporales, tam mobiles quam immobiles, contra quemlibet earum possessorem, ut vel re pignorata, cedat, vel debitum petitori solvat. §. 7. *Inst. de Actionibus, l. 17. et tot. tit. D. de Pignor. et Hypothecis.* Enimvero quod dicimus, eam dari contra quemlibet possessorem, sic intelligendum est; si debitor, ejusve haeredes et fidejussores non sint solvendo. *Nov. 4. c. 2.* Sed debitor ipse personali potissimum actione convenitur ex contractu; aliave causa ad obligandum valida, cui jungitur hypothecaria per modum accessionis: scilicet et ejus bona cuncta, vel certa, si specialis hypotheca sit, *pro debito* quod petitor, *obligata et executioni subjecta declarentur*, quemadmodum natura negotii et pignoris, quod est accessio principalis debiti, dictat, et usus quotidie docet. Debitore mortuo, tenentur haeredes personali quidem actione primo, consequenter et hypothecaria, verum etsi nec hoc casu hypothecaria desinat esse accessoria, tamen inter ipsam et personalem actionem, quae principalis est,

(g) *Pos.* 11. (h) *Pos.* 12.

evideos differeotia constat; Nam personalis adversus haeredes pro partibus baereditatis dividitur, ut singuli pro rata portinoe assis, ex quibus haeredes sunt, teoeantur, secuodum Legem XII. Tabularum, qua de re dietum ad *tit. Famil ercisc.*

9. (i) Snd aetio hypothecaria contra siogulos haeredes in solidum datur, *l. ult. C. Si unus ex plurib.* ut ordinarium est judicari: exemplum, si opus, habet Nauta *decis. MS.* 32. historiam referri utique oon est opus. Ratiooem hojus disparitstis hanc reddunt Interpretes, quod actio hypotheearia sit *individua*, modo quidem loqueodi a legibus uou alieno; dicitur enim indivisa pignoris esusa, io *l. Rem.* 65. *de Eviction.* verum sensu oescio ao eo, quem vulgo ei tribuunt. Cur enim aetio hypotheearia nou aeque dividi posset quam personalis, eum se referat ad res eorporeas, quan divisionem melius quam incorporalea reoipiunt? Quio si tu pnoss, duos haeredea, qui non sioguli, sed pariter, tautum pignoris, qusotum sufficit ad solutiooem, possideot, puto rem certam esse nec aliter fieri posse, quam ut aetio hypotheearia dividatur, aeque ac persooalis, ut quemadmodum singuli pro parte coodemnautur ad solveudum, ita singulorum res possessae et piguori devinetae, pro parte teneantur. Dicamus igitur quod res est, singulos haeredes debitoris hypotheearia teueri, quatenus res pro debito pignori obligatas possident. *dicta l. ult.* Proinde sieut tertius possessor, qui oihil debet, hypotheearia tamen io subsidium teoetur, quatenus rem pigooratam possidet, ita et haeredes, qui pro parte teoeutur ex debito, teneotur hypotheearia quoadusque possideot; nam sie formatur adversus eos conclusio, aut eedant ro pignorata, quam possidet, aut solvant totum debitum, *d. l. ult. in fine.* prorsus ut adversus extraneos possessores unice potest ae solet agi. Idem de natura hypothecariae actioois individua teneudum, ratione quorumvis debitorum. qui plures ad eamdem rem obligati suot; oam si uterque possideat res hypothecae pro debito isto obligatas, singuli hoo modo eonveniri possuot, ot re piguorata, quam possideot, ereditori cedant, aut tutum debitum solvant. Quaodo igitur quod unus possidet, toti debito solvendo sufficit, idque dimittere uon vult, per eoosequeotiam ad totum debitum iu solidum teoetur, veluti cum reditus eonuus ex certo fuodo debetur, qui fundus a diversis possessoribus pro diviso aut indiviso possidetur, ereditor potest singulos possessores ita eoovenire, ut vel suam partem a se possessam petitori eedant, vel peeuniam a se petitam solvant, quomodo idem Nauta judicatum refert, iu causa *Maeyke Nans Wybes*, cootra *NN. die* 5. *Apr.* 1636. et rursus in eausa *Idae Ibellae de Tiara*, cootra *haeredes I. A. B.* Cum euim re pro dimidia parte possideret fundum, ex quo reditus snouus debebatur, cum peosionibus reliquis duorum ut vigioti anoorum, sola condemnata est, ut vel sua parte fundi eederet, vel omne, qund petebatur, etiam pro alterius partis possessoribus solveret. die 20. *Dec.* 1678. Nou ideo quod aetio hypothecaria sit *individua*; sed quod io rem direete comparata sit, ad petendam rem pignoratam, ubieunque sit, cum alternativa, solvendi dehitum aut pignus amittendi. Quod autem *individua* noo foret, iode rursus patet; quia si pars dimidia tanta non esset, ut toti debitu suffieeret, aetor hypotheeariam suam dividere potuisset et divisisset, ita ut singulorum partibus conveniret. Deoique, nou esse individuam eetionem hypoteeariam, patet iude, quod hypothecaria quae datur legatario adversus haeredes, iu peteodis legatis, semper dividua sit et cootra singulos pro partibus haereditariis competat. *L.* 1. *vers. in omnibus sub fin. C. Commun. de leg. et fideic.* Cujus versiculi hune esse sensum, oon quem Faber *dec.* 48. *err.* 29. vult, quasi hypotecaria oon detur cootra tertium possessorem, probat Saudius *l.* 3. *tit.* 12. *def.* 23. Sedeat igitur haee observatio, quod haeredes debitoris saepe oon pro haereditariis partibus, verum in solidum, singuli per hypotheeariam cooveniuntur, id oon esse haeredibus singulare, neo quidem esse ab individuitate *absoluta* aetiouis hypothecariae, sed omnibus pignorum possessoribus, ex natura communi aetiooia io rem eooveoire, salva hao differeutia, quod extraoei possessores babeut beuefieium excussioois ex *Nov.* 4. *c.* 2. quo haeredes carere, satis eoustat ex *d. tit.* Sio cape causam indivisam in *d. l.* 65.

10. (k) Si debitor ejusve haeredes oon exsteot, aut solvendo uno siot, priusquam tertius possessor excutiatur, fidejussores conveoieodi sunt, qui scilicet ut priocipales debitores suot obligati, et aetionem principalem partieipant, quam proiode hypotecariam adversus tertium possessorem, praeeedere debere, juris ratio dietat, et *Nov.* 4. *cap.* 2. qua derogatum videtur *l.* 14. *C. de Pignor.* ubi ereditoribus, quando debitor pignora distraxit, neqoe ex pretio creditori solvit, optio tribuitur, utrum obligatos actioue persouali, ao pignora possideutes in rem actione eoovenire velint. *Per Constitutionem d. Nov.* 4. personalis aetio primum penitus exhaurieoda et excutienda est,

(i) *Pos.* 18. (k) *Pos.* 13.

antequam ad possessores non obligatos perveniatur. Sed in hoc articulo multi notabilem differentiam statuunt, inter generalem et specialem hypothecam, quasi creditor, cui speciali hypotheca cautum est, quemlibet possessorem immediate convenire possit, id est, non excusso debitore principali, nedum fidejussore prius conveniendo, quod probant; ex *N.* 112. c. 1. *vers. ab hoc autem.* Cujus haec est sententia, si debitor, specialem hypothecam vendiderit, nec ex pretio creditori satisfecerit, huic licentiam dari, rem sibi obligatam vindicare. Sed alii, ut novissime Struvius *Exerc.* 26. *th.* 38. volunt, inscriptionem et argumentum hujus *Nov.* totum esse de rebus *litigiosis*, h. e. quae lite contestata sunt venditae, quarum venditionem eum prohibitam esse constet, ex *tit. D. et C. de Litigios.* ab illis ad res alias non liceat argumentari; nedum ut ultra novae legis argumentum, rem aequitatis plenam, ne tertius possessor ignorans, ob alienum debitum re possessa spolietur, abolitam statuamus. Carpz. *P.* 2. *Const.* 18. *def.* 18. *et lib.* 2. *Resp.* 72. Cessare tamen ex *d. N.* 112. in speciali hypotheca, si vendita sit tertio, beneficium ordinis, statuunt Thesaur. *decis.* 51. Berlieb. *P.* 2. *concl.* 24. *n.* 67. *et* 68. Brunnem. ad *l.* 24. *C. de Pignor.* Gothofred. ad *d. Nov.* 112. *cap.* 1. Nec alia Caesaris ipsius revera mens esse videtur, quia licet inscriptio *Capitis* sit de litigiosis, et de illis agatur *in pr.* hanc tamen sanctionem de specialibus hypothecis diserte inde separat. *d. vers. ab hoc autem.* Sententiae tribunalium variant, quas recenset ex Struvio, Hahnio et Carpzovio, Thomasius *ad Strauch. diss.* 22. *th.* 3. Sed inter *Decis. M. S.* Supremae Frisiorum Curiae refertur a *D. Nauta* exemplum rei judicatae, qua possessor hypothecae specialis, non adjutus sit beneficio excussionis, in causa *Mr. Gregorii Andreae, contra Dr. Martinum Gravium,* die 15. *Julii* 1643. quae adeo sit verior sententia.

11. (l) Hypothecam seque res mobiles afficere quam immobiles, *superius* dictum est; consequenter actionem hypotecariam de rebus mobilibus dari consentaneum est, §. 7. *Inst. de Action.* quod nec bodie dubium babet, si adversus debitorem vel ejus haeredem agatur: etsi Moronscius ad *l.* 34. *h. t.* id in Gallia dubium fuisse referat usque ad t. *Jul.* 1608. quo id a Senatu Parisiensi sit definitum, hypotecarios in mobilibus etiam praeferri chirographariis. Sed quando res mobilis a tertio possidetur, hodiernis fere gentium moribus obtinuit, eam per hypothecariam actionem non posse avocari, quo pertinet regula frequens fori Gallici et aliorum; *Les meubles n' ont point de suite*, id est, *mobilia non habent sequelam*, idque propter ingens incommodum, quod ex ejusmodi persecutionibus in mercaturam veheretur, qua de re vid. inter alios Mornac. *ad l.* 34. Grot. *l.* 2. *Introd.* c. 48. *num.* 34. Fabr. ad *tit. C. de SCto Trebell. num.* 89. Nec apud nos quidem frequens hujus actionis hypotecariae usus apparet, nec ita vulgo opinantur, eum, qui rem mobilem pignori obligatam justove titulo adquisitam tenet, a priori creditore cogi posse ad cedendum; verumtamen apud nos tam valida est haec regula, *Jus civile servari, quatenus non est mutatum,* ut iu contradictorio creditori hypothecariae rei mobilis persecutio, negari non posse videatur. Obligationes jure mobilium censeri, notum, et *alias* dictum est; sed actionem hypothecariam contra tertium possessorem obligationis esse dandam, Curiae nostrae *mea memoria* placuit in hac specie facti, quam ut usus rei intelligatur, adjiciam. Titius vir nobilis ordinis militaris Ductor, tempore secundi belli Anglicani dederat Provinciae mutuo, duo millia florenorum: hanc obligationem cesserat Secundo, Secundus eam cesserat Tertio. Titio deinde mortuo nec solvendo reperto, Quartus, creditor ejus, princeps eorum, qui postpositi nihil acceperant, Supremae Curiae Senator D. Gerardus AD JUS, egit hypothecaria adversus Tertium possessorem obligationis 2000. florenorum, ut eam sibi tanquam priori hypotecario creditori, traderet, aut suum debitum solveret. Cum alter se opponeret, ratione praedicta, Curiae sententia prima repulsus est actor, sed per Revisionem sententia reformata, Quartus suum jus hypothecae obtinuit; quod non obtinuisset, si Curia de pignore mobilium rerum, quibus obligationes accensentur, adversus tertium agi non posse credidisset. Quin etiam in equum pignori obligatum, datas esse vindicias secundum hypothecam adversus tertium possessorem, memini de Ao. 1679. Idem apud Saxones obtinere, tradit Thomasius ad *posit* 17. *h. t.* De limitationibus tamen hujus sententiae pragmaticis, et quatenus in usum civilem atque promiscuum recipi possit, non haben dicere; nam populi utilitas, et mercaturae libertas, facile exceptionis aliquid mereri possent; maxime cum apud vicinos, quorum acta, commercii ratione nostri plurimum implicita sunt, contrarium, ut diximus, observetur. Hoc in illis ipsis locis, qui mobilibus sequelam hypothecae negant, receptum placet; utique dari hypothecariam contra tertium, si manus illis antea injecta sit, hoc est *Arresto*, ut loquimur, praeclusae fuerint, per *d. l.* 34. et Moronscius ad *eand. L.*

(l) *Pos.* 17.

12. (m) Modus, quo res hypothecariae actioni fiunt obnoxiae, est constitutio Juris in re, ut loquimur, quod afficit rem ubicunque sit et apud quemlibet possessorem, etsi mille per manus ambulet, secundum proprietatem omnium in rem actionum, *l.* 17. *h. t. d. l. unic. C. rem alien. gerent.* nec interest, quod ad hanc vim afficiendi rem, ubicunque reperiatur; utrum generalis, an specialis hypotheca sit; nam et priori illam vim singulas afficiendi res, aeque ac specialis hypotheca obtinet. *c.* 2. *D. Qui pot. in pignor. l.* 6. *C. eod.* Sed ratione corporalium et incorporalium rerum, est notabilis differentia; quod proprie res corporales subjectam pignoris ac hypothecae materiam constituant. Res incorporales, quia tradi, custodiri, supponi non possunt, pignoris usum per se non recipiunt, veluti de servitutibus proditum est in *l.* 11. §. *ult. h. t.* Quanquam utilitatis causa receptum est, ut quatenus creditoris securitati per incorporalis rei cessionem consuli potest, indirecte ac utilitatis causa, *quasi* pignus aut hypothecam contrahi intelligamus, et conventiones ejusmodi tueamur. *l.* 18. *in pr. de Pignor. act. d. l.* 11. §. 2. *et l.* 12. *h. t.* Quapropter et obligationes sive nomina, pignoris usum admiserunt, ut quibus aut pignori tradita, vel hypothecae devincta sunt nomina, non modo exceptionem, *d. l.* 11. §. 2. sed et actionem utilem consequantur. *l.* 4. *C. Quae res pignor.* junct. *l.* 13. §. 2. *h. t. l.* 18. *in princ. de Pignorat. action. l.* 7. *C. de haered. vel actione vend.* Quibus locis actiones *utiles pignoris* super *nominibus* memorantur. Non desunt, qui pro utilibus hypothecariis, utiles in personam intelligi volunt, quos sequitur D. Wissenbachius *ad h. tit. th.* 8. At si tu cumules expressiones modo relatas, nemo dubitare potest, quin utilis actio simpliciter dicta, in materia pignoris, sit hypotecaria, quae est utilis Serviana; maxime quando adjicitur, *jure pignoris*, ut est in *d. l.* 18. non potest non intelligi utilis hypothecaria, ut post Cujacium probat Sandius *lib.* 3. *tit.* 12. *def.* 24. Quanquam nec de *utili in personam* non valde refragaremur, quominus sicut ex actione donata, vendita, in solutum data, competit utiliter eadem in personam actio, quae data fuit donanti atque vendenti, *l.* 5. *et l.* 8. *C. de Haered. vend. l.* 16. *pr. de Pactis*, ferme eodem modo, qui pignori accepit jus personalis actionis, eam utiliter exsequi et instituere posset; siquidem eum in finem pignorata res intelligitur, ut pecunia suo tempore peti, et in solutum accipi queat, ac ita forte conjungi poterunt, quae discrepantibus hac de re Scriptoribus, traduntur apud Sandium *d. def.* 24. et Wissenbachium *d. th.* 8. Ipse quidem Sandius negat, utilem in personam dari posse; quo autem argumento? *Utilis*, inquit, *personalis nemini competere potest, nisi cessa, vel mandata fuerit.* Hoc quid est, si non temere φύγεν ἕρκος ὀδόντων; Nam ut prolixe ad *Tit. Mandati* probavimus, directa datur ex mandato, utilis, deficiente mandato. *l.* 5. *C. de Haered. vel act. vend.* Imo quae ex vendita actione utilis actio datur, eadem ex pignorata competit: *l.* 7. *C. eod. tit.* Atqui ex vendita actione sine dubio nascitur utilis in personam, *d. l.* 5. Ergo etiam ex actione pignorata. Nobis igitur, cur utrique non possit esse locus actioni, nihil admodum obstare videtur.

13. (n) Apud eumdem in *defin. sequenti* traditum videmus, in hac utili nominis actione pignorata, non habere locum beneficium ordinis sive excussionis, sine ulla quidem lege, ex sententia Bartoli et aliorum, etsi forte verum sit, quod Cujacius aliique statuunt; hac in parte nihil esse, cur aliud in pignora nominis, quam in aliis rebus sit statuendum, inprimis post *Nov.* 4. quae hoc beneficium ad omnes hypothecas extendit. Excipit Sandius, in *d. Nov.* beneficium hoc dari tertio possessori: *Atqui debitor debitoris est quidem Tertius, at non tertius possessor*, ait. Imo profecto etiam est possessor; non possidet corpus rei debitae, fateor, sed possessio talis intelligenda, qualis est hypotheca. Quidquid sit, usu tamen forensi valuit negativa, non dari hoc casu beneficium ordinis sive excussionis debitori debitoris, ut Sandius docet. Quod ut recte judicetur, sciendum est, hanc oppignorati nominis actionem bifariam institui posse; primo adversus debitorem, ut is solvat pecuniam, vel rem debitam, creditori creditoris, cui nomen pignori datum est: eaque ratio expediti usus est, quando creditor primus tradidit alteri instrumentum nominis obligati; tunc enim nihil causae est, cur debitor opponat ordinis beneficium; quia tradito instrumento, apocha creditoris jus agendi habentis munito, sine periculo solvere potuit, nec multum interest ipsius, si plene liberetur, utrum ipsi creditori primo, an secundo solvat: quae ratio sine dubio fecit, ut Doctores omnino beneficium ordinis hoc casu negaverint. Alter usus hypothecariae actionis in *Nomen* est, quando debitor instrumentum obligationis ex pignoris causa non tradidit creditori, sed hypothecae dumtaxat obligavit, idque venit in manus tertii, sicut evenerat in exemplo *supra* exposito. Debitor omnia sua bona generaliter hypothecae obligaverat, inter quae tunc etiam erat obligatio illa

(m) *Pos.* 14. (n) *Pos.* 15.

principalis, quam ipse deinceps in alios transtulerat; creditor ejus, utili hypothecaria conveniebat possessorem instrumenti obligationis praesentem: atque hujus certe intererat, ordinis beneficio an uti posset vel secus. Nec dubium, quin potuerit uti, si non pridem is, qui hypothecam constituerat, excussus et non solvendo repertus fuisset. Sic in priori exemplo; Primus Creditor ad possessorem obligationis ait: Obligatio, quam tu jure cesso possides, erat in bonis mei debitoris, antequam tibi cederetur: ideoque mihi jus hypothecae inde ab eo tempore in illam competebat; redde igitur mihi obligationem pignoratam, vel solve quod mihi debetur. Excipit possessor: Excute primo debitorem principalem. Prodest ei exceptio. Pone aliter. Creditor, cui obligatio pignori tradita est, ad debitorem: Tu debes mille Cajo per obligationem, quam ecce mihi traditam pignori pro aliis mille, quos Cajus mihi debet. Cajus mihi jam condemnatus, et haec obligatio declarata est executioni subjecta; solve igitur mihi, quo facto liberatus eris. Non habet debitor causam de beneficio ordinis excipiendi. Sed est alia dubitandi ratio in casu, quo Creditor primus non habet instrumentum, sed hoc penes tertium est, ut in isto facto; utrum tunc ipse debitor, qui rem vel pecuniam obligatione comprehensum tenet, sit conveniendus, an possessor instrumenti; visumque tunc fuit in peristyliis fori, utrumque esse vocandum, et instrumenti et rei debitae possessorem; quia sine traditione instrumenti, debitor ad solvendum difficulter urgeri posset. Sit igitur haec conclusio, debitorem a creditore sui creditoris utili hypothecaria conventum, non habere beneficium ordinis; sed possessorem obligationis a creditore cedentis, utili actione conventum, recte ac utiliter ordinis sive excussionis opponere beneficium.

14. (o) Est et alius utilis hypothecariae usus admodum frequens in nummos ex re a debitore vendita redactos et adhuc exstantes, *l.* 18. *de Pign. act.* Sand. 3. 12. 18. Idque tam adversus primum creditorem, ie pecuniam acceptam ipsius nomen excedentem, *l.* 12. §. 5. *ff. Qui pot. in pign.* quam contra emptorem qui debet pretium; idque duplici ratione, prima, quia quod ex corpore pignorato redactum, id pignoris loco est. *d. l.* 18. *fin. pr.* Altera, convenit hypothecae generali, quod actio debitori ad pretium petendum adquisita, sub illa in nominum creditoris continetur, *l.* 4. *C. Quae res pign.* quam rationem solam agnoscit Sandius *d. tit.* 12. *def. ult.* Quod si consumpti sint nummi, nihil est quod repetatur, etsi a posterioribus creditoribus accepti consumptique fuerint, ut saepe suo damno vidimus expertos creditores, qui a posterioribus repetebant pecunias ab ipsis pridem acceptas, nec exstantes; secundum quod πραγματικῶς docet *Lex* 1. *de Distract. pign.* nisi (quod frequenter accidit) hi, qui pecunias acceperant, caverint, se restituturos quod acceperint nummorum, si postea constiterit, eos jure potiori ad alios pertinuisse, quemadmodum probat Sand. *l.* 3. *tit.* 12. *def.* 27. *in fin.* Quod etiam intelligemus, si creditores anteriores contra venditionem protestati fuerint, ut *ibidem* Sandius *in pr.* Adde, quod fiscus agere potest etiam de consumpta pecunia. *l.* 18. §. *ult. D. de Jure Fisci.* Idem creditoribus hypothecariis licet in casu, quo haeres inventarium fecit, et praepostero solvit, adversus eos qui ordine non suo pecunias acceperunt. *l. ult.* §. 6. *C. de Jure deliber.*

DE PACTIS. PIGNORUM.

15. (p) Absolvimus partem hujus Rubricae primam, quae est de *pignoribus et hypothecis, et qualiter ea contrahantur*; sequitur pars altera, de Pactis pignorum, quae pacta distingui possunt in licita et illicita. Licitorum pactorum species sunt antichresticum, de pignore vendendo, vel non aliendo, et pactum constituti, cum similibus. Illiciti pacti specimen, est lex commissoria, quae prohibetur in *l. ult. C. de pact. pign.* item, ne liceat intra certum tempus luere pignus, ut mox clarius. Antichresios pactum latine dicendum foret *reciproci usus*, et est Pactum, *quo convenit, ut creditor re pignorata loco usurarum fruatur*, secundum cujusque rei naturam: unde si praedium sit (nam et res immobiles pignori aliquando traduntur) potest hoc creditor antichresticus vel ipse colere, vel locare, pensionesque aut fructus sibi retinere. *l.* 11. §. 1. *h. t.* Distinguitur antichresis communiter in expressam et tacitam. Expressa, quando aperte dictum est, ut creditor fructum ita, quemadmodum intelleximus, percipiat. Tacita vocatur, quando nihil quidem de fructibus percipiendis est dictum, * sed debitor pecuniam sine usuris sub pignore tradita accepit, et retinet; tunc enim tacite inter partes convenisse videtur; ut creditori re pignorata loco usurarum uti frui liceat, *l.* 8. *Quibus ex causis*

(o) *Pos.* 16. (p) *Pos.* 21. 22. *et* 23.

* Hoc pactum antichreseos tacitum, ad modum legitimarum usurarum, approbat et confirmat *das Torgauische Ausschr.* ib. d. anno 1583. rubr. *Von Wucher, Wucherlichen* Contracten. §. *als haben wir solchen, verb. da einem ein Gut Pfandes-weise eingeraumet worden ware, von der abnutzung desselben funf auf hundert rechnen.* Carp. jur. *Sax. p.* 477. *conf.* Carpzov. *P.* 2. *C. El.* 30. *def.* 40. *n.* 2.

pign. tac. contrah. ex qua haec species tacitae antichreseos probari solet, auctore Cujacio *lib.* 8. *obs. c.* 17. Verba textus; *Cum debitor gratuita pecunia utitur, potest creditor de fructibus rei sibi pignoratae ad modum legitimum usuras retinere.* Pecuniam vocat *gratuitam*, cujus usurae in stipulatum deductae non sunt; quia tamen pignus rei fructiferae datum est, tacite id actum videtur, ut fructus usurae loco cedant, maxime quia vix unquam ab usu alienae pecuniae usuras abesse constat. Neque tamen desunt, qui aliter *d. l.* 8. interpretantur, emendando, vel antichresin a mora demum inchoando, qua de re Gothofred. ad *d. l.* 8. Ab hac etiam distinctione tacitae et expressae antichreseos, quaestio pendet, utrum perceptio fructuum valeat in infinitum, an ad quantitatem usuris praescriptam restringatur? Nam in expressa antichresi non potest creditor prohiberi, pleno pactionis emolumento frui; nec ad rationes fructuum aut pretii inde redacti reddendas tenetur, cum propter incertum fructuum proventum nihil fraudis hic legibus factum praesumi possit. *l.* 14. *et* 17. *C. de Usuris.* Ex adverso, in antichresi tacita, cum non sit datum jus percipiendi fructus, hos creditor, ut sibi debitos, percipere non potest, sed ex traditione rei fructibus edendis aptae videtur, uti dictum, inter partes convenisse, ut e fructibus usura perciperetur, quae sic usurarum modum lege definitum egredi non potest. *d. l.* 8. Quin et expressa antichresis hac parte recipit exceptionem, ut, si palam et liquido constet, creditorem plus e re pignorata percipere, quam modus usurarum ferat, fraus legi facienda non permittatur. Velut, si per locationem creditor e fundo pignorato longe plus annuae mercedis, quam usura sortis creditae permitteret, sibi pactus sit et revera percipiat. *d. l.* 14. verb. *non etiam locando.* Caeterum hoc pactum antichreseos etsi valde ad securitatem commodaque creditorum pertineat, nec est apud nos hodie, nec apud Romanos fuisse videtur in usu frequenti; cujus rei argumentum est, quod nec latina nec vernacula vox hujusmodi pactum significans exstat; nisi quod Grotius id appellat *Wedertogt*, *l.* 3. *Introd. c.* 8. *n.* 14. nos proprie magis, opinor, in *Jurisprudentia hodierna* ex usu ipso vocavimus *Pandgenot. parte* 1. *l.* 2. *c.* 48. *n.* 7. Ratio infrequentia usus videtur esse, quod pignora ex usu hominum negotiique natura, tantum in securitatem creditorum constituantur, nec ullum iis lucrum aut fructum ex rebus pignoratis sine furti vitio capere liceat. §. 6. *Inst. de Oblig. ex delict. l.* 54. *et* 76. *D. de furt. l.* 7. *C. eod.* Secundo, quia debitores aegre admodum possessionem rerum suarum fructiferarum amittunt, praesertim immobilium, in quibus antichresis maxime exercetur; cum, quia manifestari nolunt suum aes alienum, tum quia facile ex amissa possessione jactura rei totius consequitur. His accedit tertio, quod praetextu fructuum plus lucri quam per usuram liceat, hac ratione percipi possit. Ex quibus colligitur, plerumque acerbum hoc esse pacti genus, nec ideo popularis usus haberi. Unde ab agricolis eam stipulari, vetat Justinianus in *Nov.* 32. Jure Canonico plane prohibetur, *c.* 1. *et* 2. *de usur.* Argumentum, quod valde recedat a pignoris ingenio, praebet hoc; quod si creditor amiserit possessionem, in factum, non hypothecaria dicitur experiri, *l.* 11. §. 1. *h. t.* ejusmodi in factum *hypothecaria*, ut videtur, qualis est Aquilia in factum, §. *ult. I. d. L. Aquil.* non quod diversi generis actio sit, verum quia fructuum perceptio nimis procul a natura pignoris ordinaria recedit; ut in illa specie damni, quae parit in factum actionem Aquiliam. *d.* §. *ult.*

16. (q) Pactum de pignore vendendo, respicit vel tertium, vel ipsum creditorem. Quod ad tertium spectat, quo effectu pactum illud de vendendo pignore adjiciatur, dicere coepimus *ad tit. I. Quib. alien. lic. vel non*, et dicetur amplius *ad tit. de distract. pignor.* brevi secuturum. Conventio de pignore vendendo creditori, si intra certum tempus debitor non solvat, valet, *l.* 1. *C. de Pact. pign.* pretio tam videlicet constituendo, *l.* 16. §. *ult. h. l.* 34. *de pignor. act.* non eo pretio, *quod ab initio constitutum fuerit. arg. l. ult. C. h. t. l.* 16. §. *ult. et l.* 34. *de pignor. act.*

SCHOLIUM.

Sed arg. ex d. l. ult. *non penetro*, *et in* l. 34. de Pign. act. *probatur quidem venditio, quae fit, quando creditor pignus erat distracturus, sed non demum ea venditio, ut vult Auctor. Ergo casus ibi propositus non excludit alios, et facio igitur cum Struvio dissentiente* d. l. th. 35.

RESPONSIO.

Argumentum ex l. ult. *adeo subtile non est, ut penetrari nequeat. Lex commissoria in* d. l. ult. *prohibetur ob asperitatem suam, qua creditor debitorem inopia anhelantem cogit recipere legem amittendi pignoris, cum nihil ei negare ausit, dum est in pecuniae quaerendae momento. Non multum interest, paciscatur, ut pro summa credita pignus amittatur, an pro summa, in quam eo momento consentiat debitor. Hic enim eadem facilitate, qua contentus est, pro*

(q Pos 24.

pecunia credita rem amittere, consensurus est, ut amittat eam pro summa specialiter exprimenda. In l. 34. *non habetur quidem particula* demum, *sed evidentia discriminis inter aestimationem, quae fit tempore debiti primum contracti, et quae postea fit, illam* ἔμφασιν *postulat. Etiam* d. l. 16. §. ult. *satis eam inculcat, ubi* Ut si intra certum tempus non sit soluta pecunia, jure emptoris possideat rem justo pretio TUNC aestimandam. *Illud* Tunc *facile* τῷ demum *equipollet.*

N. Adust.

Consentio jam Auctori, et adeo Scholium hoc expungi potest. Potissimum propter d. l. 16. §. ult. *quae argumenta ex reliquis textibus corroborat.*

(r) Aliud est pactum de pignore non vendendo, nec alienando; quod vel pignori in specie dicto, vel hypothecae adjicitur. Quando pignori traditione perfecto adjicitur, efficit, ne creditori liceat aliter rem pignoratam alienare, quam post trinam denunciationem; si prius alienet, furtum committit, *l.* 4. *de pig. act.* sed de hoc *ad tit. de distract. pign.* Pactum hypothecae adjectum, ne res obligata alienetur, a creditore proficiscitur, et primo quidem id efficit, ut si debitor contra fidem pacti rem obligatam alienet, in id quod interest teneatur; sicut omne pactum de non alienando. *l.* 3. *C. de Condict. ob caus. dat.* Insuper hoc pactum de non alienando pignore, valet ad ipsam dominii translationem impediendam, *l.* 7. §. 2. *de Distract. pign.* ubi Marcianus, *Certum est*, ait, *nullam esse venditionem ut pactioni stetur.* Quod adeo priori juris rationi adversum videtur, ut quidam hunc textum emendent, *nullam esse pactionem, ut venditioni stetur.* Sed pactionem valere non est dubium. *d. l.* 3. *l.* 48. *de Pact.* De effectu saltem quaeritur, actionem dumtaxat in personam pariat, an ipsam rem afficiat, ut dominii transitus impediatur; quod respectu pignoris adfirmatur in *d. l.* 7. §. 2. Nec aliis ratio differentiae tam difficilis videtur, quam Bachovio 3. *de Pignor. cap.* 1. *n.* 4. non sane Thomasio. (1)

Scolium.

Reddit exceptionis rationem Wissenb. b. th. 25. *quod creditor jus reale habeat in re alterius. Quae ratio, cur non sit amplectenda, causam non video. Et itaque, si vendam rem tibi sub conditione, ne eam alienes, et aliquod jus in ea re retineam, vel conditio resolutiva sit, idem erit dicendum. Vide Brunnemann.* ad d. l. 3. C. de Cond. ob caus. dat.

17. De pacto *Constituti*, diximus ad *tit. de contrahenda emptione*, nec habemus quod heic loci repetamus, praeter usum ejus in hypothecis. Quando debitor re sua carere non vult, et creditor obligatione pignoris non contentus, possessionem ejus appetit, hoc pacto mediam quasi viam inire possunt, ut creditor rem possideat, et debitor eam retineat; si hic scilicet constituat, se rem nomine creditoris possidere, *l.* 18 *de Adquir. posses.* ad quem titulum hujus rei locus est proprius. Liquet inde, quod aliquo modo ad naturam pacti antichretici accedat, quatenus per utrumque jus possessionis transfertur in creditorem, ita ut debitor tanquam minister creditoris, esse magis in possessione, quam possidere intelligatur, ut quidem creditor remedia consequatur possessionis adipiscendae, retinendae, recuperandae, sed cum fructibus nihil commune habeat, nec, inquam, omnino rem detineat. Num quis usus ejus rei sit in concursu creditorum, paulo *inferius* dicendi veniet occasio.

18. (s) Lex Commissoria, quam in pignore diximus esse prohibitam ex *l.* 1. *C. de Pact. pignor.* nihil est aliud, quam *Pactum, quo creditor paciscitur, ut si debitor intra certum tempus non solvat, pignus sit creditoris proprium*: quod merito prohibuit ibi Constantinus, * quia debitores in angustiis rerum suarum constituti, ac plus de bonis suis quam in iis est sperantes, facile ad ejusmedi pactiones eb avaris creditoribus abripiuntur, ut ita bonis suis avitis et patriis evolvantur. Proinde res per hoc pactum amissas recuperandi jus habent, rei vindicatione opinor. *d. l. ult. in fin.* Eadem ratio circumveniendi homines quaerendae pecuniae anxios, improbare videtur pactum antichresi adjectum, *ne pignus creditori traditum*, ut fructus usurarum loco percipiat, *intra certum annorum spatium luatur*, ut probat et judicatum refert Sandius *lib.* 3. *tit.* 12. *def.* 11. Nonne et idem in quovis pignore locum habebit? Ita videtur. Nam soluto debito, pignus omnino

(r) *Pos.* 1. 10. *et* 11. *tit.* 5. *huj. lib.* (s) *Pos.* 25.

(1) *Malim dicere particulam* Ut *in* l. 7. §. 2. de distr. pign. *conditionalem esse, ita ut sensus sit,* nullam esse venditionem si pactioni stetur. *Quibus verbis non docet J. C. Dominii translationem impediri, si res vendatur, sed, si pactioni stetur, rem vendi non posse, ita ut nulla possit concipi venditio, quin fiat contra pactum appositum.*

* Idem improbatum fuit Jure Sax. El. d. *Torgausch. Ausschreiben.* d. rubr. §. Item dass *einer ein geringes Geld auf. ein pfand, so vveit mehr vverth ist, ausleihet, und darneben die ausdinget, vvenn es innerhalb gevvisser zeit nicht gelaset vvird, da se alsdenn verstanden seyn soll.* Corp. Juris Sax. *p.* 474.

reddendum est. *l. ult. C. de Luit. Pign.* Debitum autem in certum tempus contractum, etiam ante tempus solvi posse, constat ex *l.* 70. *de Solution.* ut probavimus *ad tit. I. de verb. obl. pag.* 310.

19. (t) Postremo ad actionem hypothecariam pertinet, quod tam in directa, quam in utili actione hypothecaria, non modo res ipsae pignoratae, sed etiam fructus et accessiones veniant in condemnationem, *l.* 3. *C. In quib. caus. pign. tac.* etiam quod per alluvionem fundo oppignorato accessit. *l.* 18. *et seq. de pignor. act.* nempe, fructus si post litem contestatam sint percepti, aut si existent etiamnum; excepto, nisi ex re ipsa creditoribus satisfieri possit; nec enim plus quam ipsis debeatur, esse praestandum, res ipsa loquitur. *l.* 16. §. 4. *h. t.* Nisi quandoque possessor dolo vel contumacia sua, causam jurijurando in litem praebeat, quo casu pro affectione jurantis fieri potest, ut in plus quam debet condemnetur. *d. l.* 16. §. 3. Extra hanc causam, possessorem aut solvendo debitum aut pignoris aestimationem dando liberari, manifestum est. *d. l.* 16. §. 6. Sande *l.* 3. *tit.* 15. *def.* 6. *in fine.*

TIT. II.

IN QUIBUS CAUSIS PIGNUS VEL HYPOTHECA TACITE CONTRAHITUR. †

I. Divisio hypothecae Legalis in Expressam et Tacitam; et Differentia generalis tacitae a generali expressa. II. Hypotheca, quae datur conjugi in bona conjugis alterius, quotuplex, et quando incipiat. III. Hypotheca liberorum in bonis parentum. IV. Pupillorum et Minorum in bonis Tutorum et Curatorum V. Extensio ad Rcspubl. etc. VI. Hypotheca Fisci. VII. Legatariorum. VIII. Hypothecae tacitae speciales; prima crediti ad Refectionem Insulae. IX. Locatoris in praediis urbanis atque rusticis. X. Ampliatio ejus ex jure Frisico. XI. Hypotheca redempti ab hoste. Reditus annuus ex praedio an tacitam hypothecam habeat. XII. An Arrestum jus hypothecae producat. XIII. De hypotheca superficiarii rustici in agros domui subjectos.

(a) Quid et quotuplex sit hypotheca, et quae actio inde nascatur, vidimus. Divisio prima fuit hypothecae in publicam et privatam. Publica subdividitur, quod vel a lege vel a magistratu constituatur. Legalis hypothecae species in hunc titulum contulit Digestor. Species admodum variae sunt, et recensentur ab interpretibus, ut videre licet apud D. Schotanum *in Exam. ad hunc tit.* qui sedecim species enumerat, quas memoria retinere lubricum est. Ideo nos partitionis subsidio pauciora genera constituemus. Nam legalis hypotheca commode dividi potest in generalem et specialem. Generalis, ut vox indicat, omnia bona complectitur, ferme ut de generali hypotheca pacto constituta *praecedenti titulo* diximus. Una tamen notabilis est differentia; quod hypotheca conventionalis non comprehendit res necessarii usus, et quidquid debitor non creditur specialiter obligaturus fuisse. *l.* 6. *de Pign.* Sed ad legalem omnium

(t) *Pos.* 19. *et* 20. (a) *Pos.* 1. *et* 2.

† In Saxonia nostra pignus tacite non amplius contrahitur. Magistratus pupillis, minoribus, furiosis et similibus personis, in bonis tutoris, vel curatoris, idem liberis in bonis patris administratoris, judicialem hypothecam in immobilibus ejus bonis secundum redituum annuorum proportionem constituit, aut, si tutores possessionibus destituantur, ad satisdationem idoneam eos compellit: pupilli bonis per novas adquisitiones auctis, quod rationes pupillares quotannis dispungentem latere nequit, securitatem etiam augeri curabit. *O. P. S. I. et E. Tit.* 45. §. 1. Ita et piarum causarum et fisci administratores vel hypotheca expressa, vel sufficiente cautione constringendi sunt. *d. Tit.* §. 2. Caeterum nec fisco in bonis eorum, qui cum eo contraxerunt, nec pupillis in bonis sua pecunia emptis, nec piae causae in bonis debitorum ullum jus reale superest, nisi expresse constitutum. *d. Tit.* §. 3. Feminis etiam cum quoad dotem, tum quoad paraphernalia, expressa speciali hypotheca judiciali opus est; quod vero ad legatarios, fideicommissarios particulares et donatarios mortis causa attinet; si testamentum, quo sunt honorati, judiciale est, post ejus publicationem a judice ex officio hypotheca expressa est constituenda; sin illud est extrajudiciale, haeredes sub dupli poena et jactura beneficii divisionis, intra tres menses a tempore aditae haereditatis, in judicio quid testator post mortem suam fieri voluerit, indicent, et praestanda praestent. Locatoribus denique jus retentionis in fructibus satis vel rebus illatis, sartum tectum superest. *d. Tit.* §. 4. Quibus hactenus tacita hypotheca prospectum fuit, intra sexennium eam in expressam commutari curent, ex eo temporis momento, quo olim jus reale consecuti sunt, valituram, vel alia idonea cautione securos se faciant; illud petentibus non negabit judex, quod ad pupillos attinet, et qui pari jure utuntur, ecclesias etiam, scholas, pias causas, et fiscum, idem ex officio faciet. *d. Tit.* §. 5.

bonorum hypothecam, exceptio illic spectare non videtur, quia generalis locutio complectitur omnes species, quatenus nihil exceptum reperitur: atqui per conventionem potest introduci exceptio tacite vel expresse; per legem sane quidem expresse aliquid excipi pateat, forte etiam tacite ex natura rerum; sed non ex praesumpta voluntate contrahentium, quam in lege non posse habere locum, manifestum est. At vero praesumpta partium voluntas efficit exceptionem, *d. l.* 6. quae cum in legali hypotheca cesset, nihil est certius, quam illam cuncta debitoris bona, nullis, ne quidem usus necessarii rebus exceptis, afficere; quod olim Curiae nostrae Supremae sic placuit in hypotheca, quae datur liberis in bona parentum suorum, ut judicatum refert D. Saekma *in causa Tryn Hanne dochter*, contra *Sibrant Pieters*, *ante ferias natalitias* 1617. Nostra iterum memoria respectu hypothecae, quam pupillus habet in bonis sui curatoris, in causa *Hidde Wybes appellant*, contre *Pieter Iansen tot Delfzyl*, *ante ferias caniculares* 1681.

2. (b) Species generalis hypothecae legalis, ad quinque reduci possunt. Prima datur conjugi in bonis alterius conjugis, atque hujus iterum tres sunt species; prima datur uxori in bonis mariti ad dotem restituendam. *l. un.* §. 1. *C. de Rei uxor. actione.* §. 29. *Inst. de Act.* Secunda datur eidem uxori, pro conservandis bonis paraphernalibus, *l. ult. C. de Pact. sup. dot.* saltem inde a Doctoribus elicitur; etsi verba Justiniani tantum de eo casu loquantur, quo maritus ex cautionibus paraphernis sibi traditis, pecunias ex illis mulieri debitas exegit, ut probat Giphan. ad *d. l. ult.* Haud tamen improbabiliter Dd. nec in Foro dubitatur. Tertia datur marito in bona uxoris, vel ejus, qui dotem promisit, ad hoc, ut tam dos, quam ejus evictio praestetur. *d. l. un.* §. 1. Sed inter duas priores species Curiae nostrae placuit discrimen super initio cujusque hypothecae, quae res in concursu creditorum non est levis momenti. Discrimen hujusmodi proditum est. Hypotheca pro dote mulieris, incipit; a tempore quo vir eam accepit; * ita quemadmodum fieri par est, ut hypotheca, quae est accessio, pariter cum principali obligatione nascatur. Sed quae pro bonis paraphernalibus est, non inchoatur, nisi postquam vir res alienavit, ** aut pecuniam consumpsit, vel ab uxoris debitoribus accepit; idque propter verba *d. l. ult.* quibus hypotheca pro paraphernalibus concessa, refertur ad exactionem pecuniae a marito factam, verbis, *habeat hypothecam adversus res mariti*, *ex quo pecunias ille exegit.* Tamen etsi non desint, qui hypothecam pro paraphernalibus a primo tempore matrimonii, vel saltem ab eodem tempore, quo dotis hypotheca nascitur, initium capere statuunt, ut videre est apud Sandium *d. tit.* 12. *def.* 4. Sed priorem sententiam Curia nostra merito praetulit, etiam novissime in causa *Claeske Joukes Oenema cum soc.* contra *J. K. ante ferias Pascales* 1680.

3. (c) Secunda species Hipothecae legalis est, pro liberis in bona parentum, ejusque tres iterum sunt species particulares. I. Qua liberi habent jus pignoris in bonis patris sui, pro conservatione bonorum maternorum. *** *l.* 6. §. *ult. C. de Bon. quae lib.* II. Quae competit liberis in bona parentis binubi, pro conservatione rerum, quas ille parens binubus a priore conjuge, vel a liberis prioris matrimonii consecutus est, quorum scilicet usufructus ad patrem pertinet, proprietas apud liberos remanet. *l.* 3. *et. l.* 8. §. *ult. C. de secund. nupt.* III. Species competit liberis in bona matris et vitrici, ratione tutelae, quam mater gessit, a qua non redditis rationibus ad secundas nuptias festinavit, *l.* 6. *C. Quibus caus. pignus tacit.* atque haec extenditur ad ea, quae mater vitricusve pro tutoribus aut curatoribus egerunt. Sand. *l.* 3. *tit.* 13. *def.* 2.

(b) *Pos.* 3. (c) *Pos.* 4.

* Apud nos modo dos fuerit numerata, hypotheca, quae uxori ratione dotis competit, (de qua dictum fuit *P.* 1. *p.* 427.) incipit a tempore copulae sacerdotalis, *P.* 2. *C.* 24. ibique Carpz. *def.* 1.

** Jure nostro haec Hypotheca paraphernalium ratione, a tempore illationis competit, *O. P. S. Tit.* 45. §. *under andern.* verb *derer Gater halber*, *welche sie uber das Ehe-Geld ihren Mannern zubringen.* j. Tit. 43. §. *Was aber.* verb. *Wenn, es verändert und nicht merh vorhanden.* Carpzov. *P.* 2. *C.* 24. *def.* 3. j. Ziegler. *ad Tit.* 45. *d.* §. verb. *Welche sich uber das Ehe-Geld.* *p.* 272. Intuitu vero bonorum receptitiorum, ne jure Saxonico quidem hypotheca mulieribus concessa est, Carpz. *P.* 2. *C.* 24. *def.* nec pro vilimentis, nisi in casu *O. P. S.* t. 50. §. *Denn wenn keiner.* Ima licet leges Civiles privilegiam hypothecae ad donationem propter nuptias extendant. *a. l.* 29. *C. de Jur. dot.* Carpz. *P.* 2. *C.* 24. *def.* 6. *n.* 1. Jure nostro tamen tantum ejus intuitu inter Chirographarios uxor refertur, cum de lucro captando certare censeatur. *O. P. S.* §. *so wollen.* Carpz. *d. l.*

*** Jure Civili haec hypotheca tantum intuitu bonorum maternorum, et materni generis liberis concessa est, *l.* 5. §. *f. C. de bon. quae lib.* Carpz. *P.* 2. *C.* 24. *def.* 17. Lauterb. *Diss. d. tacit. pign. th.* 34. Bachov. *d. pign. l. c.* 9. *n.* 9. Dissent. Treutl. *V.* 2. *diss.* 1. *th.* 4. *lit. b.* Brunn. *ad d. l.* 6 §. *f. n.* 15. Sed *O. P. S.* t. 45. §. *unter antern.* eam ad omnia bona adventitia extendit, quorum administrationem pater habent, Carpz. *P.* 1. *C.* 28. *def.* 115. in quam sent. pron. *Fac. Jur. Lips. M. Aug. An.* 1700.

4. (d) Tertia species hypothecae tacitae generalis, datur pupillis et minoribus in bonis tutorum et curatorum, * eorumque qui pro tutoribus aut curatoribus egerunt, cujus hypothecae originem aliunde petere non licet, quam ex *l.* 20. *C. de Administrat. tutor.* quae est Costantini Mag. ante quem non legitur pupillis hypotheca tacita generali fuisse consultum. Quamvis autem haec quaestio videatur esse historica, tamen et ad juris consequentiam pertinet; quia si jam olim ante Costantinum pupilli tacitam habuerint hypothecam, privilegium illos inter hypothecarios quoque habere, dicendum foret, quia satis constat, privilegium exigendi ante alios, olim ipsis datum fuisse, *l.* 19. *et seq. de reb. auctor. jud.* quod si tunc hypothecam non habuerint, nihil aliud quam privilegium inter personales creditores iis adscribi potuit. Nos tenemus, hypothecam ante *d. l.* 20. non fuisse stabilitam; etsi quod ad consequentiam ordinis attinet, de eo ad *tit. Qui potiores in pign.* videbimus. Ratio nobis haec constat, quod legalis hypotheca non nisi e verbis alicujus legis expressis, ** qualis hic deficit, intelligi potest. Aliter juxta alios sentit Wissenbachius noster *Disp. ad ff.* 51. *parte* 1. *th.* 11.

SCHOLIUM.

Qui non quidem Textus adducit, in quibus pupillis hoc beneficium detur, sed conjecturas tamen adducit non improbabiles, ante d. l. 20. *pupillos jam pignus tacitum habuisse: quas inter potissima desumitur ex ipsis* d. l. 20. *verbis, quae sane ita sunt concepta, ut potius declarent jus pupillis jam competens, quam ut novi quidpiam disponant. An vero hoc jus tacitae hypothecae transeat in haeredes pupilli*, vide Strauch. XXII. 3. et ibi not. p. 298.

RESPONSIO.

Equidem probabilia non pauciora habet pro negativa Anton. Faber Jurisp. Papin. tit. de Tutel. pr. 3. illat. 10. *quae refellere satagit D. Wissenbach.* d. th. 11. *Quod ad verba* d. l. 20. *attinet, non utitur quidem prolixa oratione Constantinus, ad significandum se jus novum introducere: sed rem tradit, quae nunquam tradita fuerat; quod constet, et quod adeo temere adfirmatur.*

N. AGNIT.

I. Cum Auctor adversus responsiones Wissenbachii, quas hic dat ad rationes Fabri, nihil excipiat, non poterat etiam ad illas rationes Fabri tanquam probabiles pravocare. II. Lex Constantini haec est: Pro officio administrationis, tutoris vel curatoris bona, si debitores existant, tanquam pignoris titulo obligata, minores sibimet vindicare minime prohibentur. Idem est, et si tutor vel curator quis constitutus res minorum non administraverit. *Istud* minime prohibentur, *indicat, quod Imperator de pignore tacito loquatur, tanquam de jure, de quo nullum sit dubium, non quod ipse de novo pupillis dederit. Quod vero Auctor dicit, eum rem tradere, quae nunquam tradita fuerat, in eo petit principium. Sed tamen, inquit, non constat ea de re, adeoque temere affirmatur. Verum vel argumento verborum allatorum, et rationum a Wissenbachio*

(d) *Pas.* 5.

* Haec Hypotheca tacita, nostro Jure ex tempore confirmationis factae regulariter incipit, *O. P. S. t.* 45. §. *Ob auch. wohl.* Jure Civili a tempore, quo tutela suscepta est, aut suscipi debuit, *l.* 20. *C. d. adm. tut.* Ant. Fab. *C. l.* 8. *tit.* 7. *d.* 1. *n.* 4. qui terminus administrationis susceptae etiam apud nos in protutoribus respicitur *d.* §. Feminis autem. in bonis Curatorum nulla hypotheca competit, quia hi consilio quidem eis subveniunt, sed bona earum non administrant. Carpz. *P.* 2. *C.* 24. *def.* 15. Moller. *ad P.* 2. *C.* 15. *n.* 86.

** Neque tamen legi Romanae unice datum, tacitas constituere hypothecas, neque idem Juri non scripto et Moribus est denegatum. Prius assertum satis firmant exempla hypothecarum legalium ex lege Saxonica, *Ord.* nempe *Process. Saxon. Tit.* 45. in notis paulo ante adducta; adde Schilterum *in Exerc. ad D. XXX.* §. 28. ubi Sutorum Lipsiensium collegio tacitam hypothecam in bonis administratorum, ex concessione Electoris competere memorat. Quod ad posterius attinet, idem ille magnus Juris patrii Stator *Exerc.* 24. §. 49. ex Carpzovio docet, domino in bonis furis competere tacitam hypothecam, moribus, observantia, atque prudentum auctoritate, quod probat. ill. Thomasius *in not. ad Tit. D. de Condict. Furt.* licet dissentiant JCti extranei, Brunnem. *de Proc. Conc. Cred. c.* 5. §. 52. Stryck. *in Usu Mod. Tit. de Condict. Furt.* §. 9. Ludovici *Doctr. Digest. Tit. eod.* §. 5. Idem Schilterus. *Ex alleg.* §. 39. in provinciis Saxonicis longa consuetudine obtinuisse ait, ut rusticis, si in bonis venditis nec dominium nec hypothecam, usque ad plenam pretii solutionem, sibi reservaverint, tamen hypotheca tacita ipsis adjudicanda sit; quod in Ducali Saxonia expressa constitutione firmatum. Denique morum constantia invaluit in Saxonia, in muneribus patrinorum seu pecunia lustrica, *Pathen-Gelde*, liberis tacitam hypothecam tribuendam esse a die baptismi. Ita pronunciarunt, *Scab. Lips. Mens. Jul.* 1702. JCti *Wittenbergenses mens. Febr.* 1708 teste Bergero *Delin. Jur. Civ.* 4. *h. not.* (*f*) *in f.* et JCti *Lipsienses, Mens. Jun.* 1718. teste ill. Menckenio nostro *ad O. P. S. tit.* 45. §. 3. Iidem, eodem annotante, derivari hoc pignoris jus ad matrem ratione dimidiae partis pecuniae patrinalis, quam jure successionis, cum liberi mortui sunt, consequitur, marito *pronunciarunt mens. Dec.* 1722.

adductarum, *id constat*. *Adde omnino Jacob. Gothofr.* ad Cod. Theod. eamd. legem, quae est 1. tit. 19. lib. 3. *ubi pluribus sententiam nostram, contra opinionem Auctoris, quae inventum Francisci Balduini est, defendit.*

Praecipuum, quo dissentientes moventur, argumentum est ex *l. unic. C rem alien. gerent.* quae est Severi et Antonini ad quemdam pupillum vel minorem, ejus sententiae, quod curator res *cum sua causa* potuerit alienare. Per *causam* intelligunt hypothecam tacitam pro administratione. Verum quid magis vetat intelligi, expressam illic hypothecam fuisse e contractu, quam ex lege tacitam, cujus legis nulla fit mentio? Praeterquam quod *causa* multo melius ibi ad fructus aliasque accessiones rei cohaerentes potest referri, quam ad hypothecam, sicut hoc sensu *causae* vocabulum longe frequentius et usitatius, quam pro hypothecae onere accipi constat, ut videre licet apud Brisson. *de verb. signif.* voce *causa.* Nec aliter alienatio *cum sua causa* ab interpretibus accipitur ad *l.* 67. *D. de cont. emptione.* ubi Gothofred. Quod porro habet Wissenbachius noster, qui dissentit, ad *tit. Pand. de administ. tutor. th.* 11. veteres Imperatores hoc quoque semper egisse, ut pupillis quam optime prospectum esset, *arg. l.* 2. §. 2. *D. qui pet. tut.* parum valet ad tacitam hypothecam sine lege stabiliendam, quando et citra illam satis olim abundeque pupillis consultum fuit actione tutelae, de rationibus distrahendis, rei vindicatione, si res ipsorum nomine vendita esset, denique per satisdationem. Quod igitur religio est Juris Consultis sine lege loqui, id in hac quaestione juridico-historica valebit, nec altius quam a *dicta lege* 20. repetemus hanc hypothecam. Sed quod modo in *scholio* movit Thomasius, an haec hypotheca tacita duret in haeredibus minorum, si causa jam, minore vivo, commissa sit, non multum habet ex jure dubitandi causae, cum ipsa in integrum restitutio haeredibus detur, *l.* 6. *de Rest. in int.* ac ita recte Carpzov. 4. *Respons. t.* 4. *resp.* 33. *n.* 9. et Brunnem. *ad d. l.* 20. Multo minus adsentiendum Morosio *ad l.* 17. *de pignor.* ubi docet, hanc regulam, *pignoris persecutio in rem parit actionem creditori*, non esse intelligendam de Legali, sed tantum de conventionali hypotheca, quod non minus ab usu, quam a ratione juris ante demonstrata, est alienissimum.

5. (e) Porro hujus quidem speciei non dantur plures species, sed extensio prodita est ad civitates, et similes universitates, quae jure pupillorum et minorum uti dicuntur in *l.* 3. *C. de jur. Reip. l.* 4. *C. quibus ex caus. maj.* ideoque et ibi restitutionis beneficium merentur, quod etiam ad ecclesias producendum, * per *l.* 19. *et* 23. *C. de sacro-sanct. Eccles.* eadem scilicet analogia, quae respondeat hypothecae pupillorum; ut locum habeat in bonis eorum, qui res civitatum et ecclesiarum administrarunt; nam alioquin in bonis debitorum suorum civitates nihilo magis habent hypothecam, quam pupilli atque minores aliis hac parte praeferuntur. *l.* 8. *Qui pot. in pign.* Negusantius *de pignoribus*, *membr.* 4. *part.* 11. *num.* 120. Sand. *l.* 3. *tit.* 12. *def.* 1. In Brabantia vicinisque locis, non agnosci hanc tacitam pupillorum hypothecam scribit Stokmannus *dec. Brab.* 96. *num.* 9. negligentiae et imperitiae causa magis, ut apparet, quam jure positivo contrario.

6. (f) Quarta species legalis omnium bonorum hypothecae, datur Fisco, tam in bonis administratorum, quam debitorum suorum, non modo ratione tributorum et vectigalium, sed etiam respectu aeris alieni, *l.* 1. *et l.* 2. *Cod. h. t. l.* 46. §. 3. *de jure fisci*, ubi fiscus *semper* jus pignoris habere dicitur, hoc est, ita sicut expositum est, non infinito sensu; nam in poenis sive mulctis exigendis, fiscum jure pignoris non gaudere, ** sed aliis creditoribus postponi, docet Modestinus in *l.* 17. *D. de Jure Fisci*, nec si privato hypothecam non habenti successerit, plus juris habet, quam is habuit, cui successit, *l.* 1. §. 1. *Quib. mod. pign. solv.* coeterum, postea quam successit, habebit privilegium suum, cit *l.* 6. *in pr. de jur. fisc.* Atque hoc fisci privilegium hodieque etiam in illis locis, ubi pignus non nisi per actum publicum constituitur, obtinere, probat Stockmannus *decis. Brab.* 40. *n.* 3. *et seqq.*

(e) *Pos.* 6. (f) *Pos.* 7.

* His similibusque piis locis, etiam in bonis administratorum suorum jus tacitae hypothecae largitur *O. P. S. tit.* 45. §. *so sind. auch.* add. Carpz. *P.* 2. *c.* 28. *def.* 115. Ziegler. *ad d. Tit.* verb. *Welche einer Stadt, oder Gemeine.* iisdemque piis causis *d. Tit. Ord. Pr. Sax.* §. *Weil wir.* tacitam hypothecam pariter in bonis debitorum, quoties pinguius jus ipsis non competit, e. g. si obligatio ex mutuo dato oriatur, concedit. Carpz. *P.* 1. *c.* 28 *dec.* 116. Id. *dec.* 277. cum Jure Communi talis tacita hypotheca nullibi ipsis tribuatur, Hart. Pist. *Obs.* 68. Negusant. *d. pign. P.* 2 *membr.* 4. *n.* 121.

** Jure Saxonico Electorali per *O. P. S. Tit.* 43. §. 5. Fisco poenam in concursu exigente, tacita hypotheca ex tempore condemnationis, *von der Zeit an zu rechnen, da einer in die Strafe vertheilet worden*, competit, modo exigens jura fisci habeat. Conf. ill. Mencken. *ad O. P. S. d. t.* §. 19.

7. (g) Quinta species est hypethcce legatariorum et fideicommissariorum, quam dedit illis in bona defuncti testatoris, *lex* 1. *C. com. de leg. et fideicomm.* de qua hoc singulore titulo praecedeoti habuimus, quod ooo detor in solidum contra siogulos haeredes, nec quidem quateous ex bonis defuocti possident, sed teotum pro partibus haereditariis. *d. l.* 1.

8. (h) Hac suot species hypothecae legalis omniom bouorum, quas io jore proditas accepimus. Sequuntor hypothecae speciales ex lege; quae paneiores nomero suot. Prima dator ei, qui eredidit od refectionem iosuloe, h: e. aedificii; nam sic appellari domos, satis ex legibos et alionde coostat, de quo videator Brissoo. *de verbor. signific:* verbo *insulae.* Papioisous ita etiam io *l.* 1. *h. t.* ubi et ampliat hsoc positiooem, quod noo modo, si domino aedium eredita sit peeunia, sed etiam si redemptori, locnm habeat. Quae res facit, ut paterfomilias sedificatorus diligenter advertere debeat aoimum, ao redemptor; cui locat opus facieodnm, satis sit solveudo; nam si ipse redemptori pretiom, de quo coovenerit, solvat, et hic, ut est hoc hominum saepe leve genus, materiam aedificij debeat aliis, hi creditores actiooem hypothecariam adversos iosulam extruetam habent, easque dominus aut oederc, vel rursus solvere eogetur. Sed lex de *restitutione* tantum insulae loquitur, nec ideo ad novae domos aedificationem, vel ad operis publici, praeter domus, confectionem, qua de re Sandius *lib.* 3. *tit.* 12. *def.* 7. nec otiam ad navis reparationem extendi potest, blaodieote licet similitodioe ratioois; nec eoim habent aliam isti quam ex eooventiooe hypothecam, *l.* 17. *C. de pign. l.* 7. *C. qui potior. in pign.* nec aliter accipere fas est *Nov.* 97. *c.* 3. *in princ.* ut probat D. Wisseobach. ad hunc titulum a *principio:* Saud. *l.* 3. *tit:* 12. *def.* 5. (1) Proinde lege speciali opus est ad ejusmodl extensionem atabiliendam; oisi forte tam molto pregoantior sit ratio mercaturae in aliqua geote, quam fuit apud Romanos, ut inde qui regoum forense tenent, unaoimi consensu hypothecam ad refectionem Navium producant, quomodo de moribus Hollandiae noo dubitat Grotius. *l.* 2. *Introd. c.* 48. *n.* 14. Non habet etiam locum haec hypotheca legalis, si post domum aliquamdiu exstructam, pecunia io solutiooem illius impeosae eredita foerit, nec etiam, si reparatio oon fuerit necessaria: Idque propterea, quod hojos hypothecae illa celebris ratio sit, *ne aedificia destruantur*, cujus rei curam legislator Romanus habuit iosignem; hoc autem periculom eessat, ubi domus jam pridem aedificata fuit, neo io voluptuariis substructionibus ullam rationis speciem habere videtur, per ea, quae Sandios habet *d. t.* 12. *def.* 5. Quid vero si creditor probet, domum fuisse in eo statu, ut reparationis indigeret, scriptumque sit, eo pecuniam esse conversam, eumquid amplius a creditore quod probet exigendum? Non videtor cum alioquin creditor aedificaodi curam, quod facoltatem non habet, suscipere cogeretor, *arg. l.* 1. §. 8. *et l.* 7. *de Exercit. actione.* nisi tamen longius spatium iotercesserit. *arg. l.* 24. *de Reb. auct. jud. possid. in fine.*

9. (i) Secundum speciale pignus ex lege, detur domiois praediorum locatorum; cujus etiam duae soot species particulares; prima datur urbani praedii domino, in rebus invectis et illatis, *l.* 4. *h. t.* sub quibus noo modo supellex, sed etiam *res* venales, quatenus io aedibos extant, comprehendnntur; etsi sub legato rerum, certo in loco existentium, res venales non cootineantor. *l.* 73. §. *pen. de Legat.* 3. *l.* 32. § 4. *de Aur. et arg. leg.* vid. Wisseub. *ad tit. de Pignor. n.* 7. Quid si condoctores siot pupilli et minores? Distingoitur, utrum cooductio facta sit eum auctoritate tutoris vel curatoris, an secus. Si prius, eorum res invectae ac illatae tenebuntur, non obstaote quod sine decreto magistratus alienari oequeant, *l.* 1. *et l.* 2. *de reb. eor. l.* 22. *C. de Administr. Tut.* et sub prohibita alienatione pignoratio cootinetur. *l. ult. C. de reb. alien. non al.* Spectat enim illa prohibitio ad factom alienandi pignorandique, non ad tacitam legis operationem. Si vero sine totoris auctoritate facta sit conductio, res invectae non tenebuntur, quia contractus priocipalis, cojus hypotheca est accessio, non valet, nec aliter sentire puto Gailium 2. *obs.* 83. Perez. ad *h. t. C. n.* 6. Wisseob. *ad h. tit. th.* 19. A quo *thesi praeced.* movetur et haec quaestio; si cooductor relocaverit aedes, an res secuodi quoque conductoris tacito pignoris jure domioo tenesotur, de quo nos actum io *tit. de Locat. conduct.* noo agemus denuo. Sed hypotheca tacita io res invectas et illatas, in hoo a coeteris pignoribus differt, quod noo detur adversus quemlibet rei possessorem ubicumque res illa reperiatur; siquidem alligata est haec hypotheca locationi conductiooi, ut si res alienatae siot, extraque aedes conductas alio traoslatae, per hypothecariam non repetantur, oisi peosionis nomine, dum adhuc essent in aedibos, praeclusae foeriot; sive, ut hodierno

(g) *Pos.* 8. (h) *Pos.* 9. (i) *Pos.* 10.

(1) *Consuli hic potest Joseph. Averanius* interpret. jur. lib. 2. cap. 13. *ubi pluribus hanc quaestionem exponit, et ab objectionibus vindicat.*

more loquamur, *arresto* fuerint comprehensae: nam si tunc alienentur, id cum onere suo fieri intelligitur, neque res hypotheca liberantur. *l.* 9. *D. h. t.* Ex qua interpretatione patet, quomodo Nervam Juris C. Paulus ait derisum fuisse, quod servos ita praeclusos, per fenestram dimissos liberari posse crediderat (risum illum puto χαριεντισμὸν potius, quam sarcasmum fuisse: nec enim veteres Jcti sibi mutuo insultare soliti sunt.) Atque ea res hodiernis moribus sine dubio servatur. Quod si res invectas et illatas publice contingat esse venditas, quamdiu pretium superest, per utilem hypothecariam in pecunias inde redactas agi potest, creditoresque in eam praeferri, ordinarium est judicari, secundum ea, quae *titulo praeced.* exposita sunt. Altera species hujus pignoris, Domino praedii rustici datur in fructus ex eo fundo natos *l.* 7. *h. t.* In res invectas et illatas non placuit, rustica praedia quod attinet, hypothecam tacitam dari; cum satis illa priore consultum videretur; in praediis autem urbanis cum nulli sint fructus, praeter res invectas et illatas, nihil erat, quod hypothecae subjici posset, *l.* 4. *h. t.* expressa igitur conventione opus est, ut res invectae et illatae in praediis rusticis obligatae censeantur, *d. l.* 4. *et l.* 7. secundum quae accipienda sunt verba *l.* 5. *C. de Locat. et cond.* ubi certi juris esse dicitur, ea quae *voluntate dominorum*, coloni in fundum conductum invexerint, pignoris jure dominis praediorum teneri. Si tu *Voluntatem partium expressam* intelligas, nihil ab re alienum dixeris, et est haec ni fallor, communis responsio. (2)

10. Pignus hoc ab Ordinibus Frisiae ita ampliatum est, ut domini praediorum non tantum in res a colono invectas et illatas, etsi nihil convexerit, verum in omnia coloni bona tacitam hypothecam habeant, pro mercede biennali. Si quid ultra biennium debeatur, id in ordine personalis crediti subsistit, salvo tamen jure legalis hypothecae in fructus, vel expressa hypotheca; inprimis *registrata* per *Edict. die 22 Febr.* 1656. quod hanc rationem in praefatione authentici edicti praefert; quia dominus praediorum cis biennium non potest expellere colonum, etsi nihil mercedis solverit. Lex, quae dominum cogit tamdiu retinere cessatorem colonum, mercedis eo tempore cessurae securum eum reddere debere videtur. Cui accedit, quod multae locationes conductiones absque hypothecis conventionalibus fiunt, ideoque domini frequenter in concursu creditorum postponebantur, ipsi interim cum praediis suis, oneribus publicis obnoxii manentes, ut latius *in Edicto*. Cujus aequissima ratio est, ut ei non male conveniat, quod Mornacius ad *l.* 1. *de Pignor.* observat, doctrinam pignorum ex iis esse, cui plurimum desit in arte Romana, et quam maxime a legibus temporum suppleri necesse sit.

11. Praeter hasce duas species, nullum aliud legale pignus speciale jure civili proditum videtur, nisi addendum sit, quod is, qui captivum ab hoste redemit, tamdiu pignoris instar in hominem redemptum habeat, donec lytrum restituatur. *l.* 15. *de Captiv. et post l.* 2. *C. eod. l.* 20. §. 1. *ff. Qui testam. fac. l.* 43. §. *ult. de Legat.* 1. Sit haec igitur tertia species. (k) Secundum has quartam hujus pignoris taciti particularis speciem, tradunt interpretes pro *reditu annuo*, qui ex fundo vel aedibus solvitur, pro quo idem praedium tacito pignori creditur esse obligatum, ut multa auctoritate probat Sandius in *lib.* 3. *tit.* 12. *defin.* 8. remque ita judicatam cum jure civili conciliat, remota objectione, quae movetur ex *l. ult.* §. 1. *D. de contrah. empt.* ex qua D. Schotanus in *examine ad hunc titul.* eamdem sententiam probat. Videre opus est textum. Scaevola: *Lucius Titius promisit de suo fundo centum millia modiorum frumenti annua praestare praediis Caji Seji. Postea L. Titius vendidit fundum .... quaero, an emptor C. Sejo ad praestationem frumenti sit obnoxius: Respondit, emptorem C. Sejo obligatum non esse.* Hinc argumentum illi ducunt hujusmodi; Scaevola ait, ipsum *emptorem* C. Sejo non esse obnoxium, h. e. personam emptoris, non negat, fundum obligatum non esse; sic illi. Verum haec est captio. Quaestio fuit, an promissio frumenti annui de praedio, pariat actionem contra tertium; et respondet Scaevola, non dari, tertium non teneri, non esse obnoxium. Ad responsionem Sandii modo relatam Thomasius ita.

SCHOLIUM.

Sandii responsio, ex Scaevola captatorem verborum facit. Quaesitum enim erat, an emptor fundi ad praestationem frumenti sit obnoxius? Quod verbum tam ad actionem

(k) *Pos.* 11.

(2) *Dicerem cum Clariss. D. Noodt. cap.* 2. de Pact. et transact. non *quaeri in* l. 5. C. de loc. et cond. *an invecta et illata in fundum conductum sint pignori obligata, sed supponi convenisse de obligandis in fundum conductum inductis, et quaeri. quis sit hujus conventionis sensus, utrum etiam pignori teneantur ea, quae a colonis sine dominorum voluntate sunt inducta. v. g. temporis causa, an ea tantum, quae, ut perpetuo ibi sint, a colonis dominorum voluntate sunt inducta? Quod Imperatori merito placuit, qui simul ostendit in quo differat pignus expressum de obligandis invectis in praedium rusticum, a pignore tacito quo tenentur invecta et illata in praedium urbanum.*

personalem, quam ad hypothecnriam quadrat. Illusisset ergo Scaevola quaerenti, si de sola actione personali verbo ambiguo respondere voluisset.

Propius ad probationem juris accedit *argum. l.* 15. *D. Qui pot. in pign.* ubi domioo soli jus pignoris in superficiem, pro solario quod ei debetur, concedi legimus: nisi hoc ad dominii causam referre placeat, quemadmodum soli dominum superficiei quoque dominum esse, constat ex §. 29. *et* 30. *I. de R. D.*

12. (l) Quartum a plerisque taciti pignoris exemplum speciale, ponitur in *Arresto*, quod aeque moribus quarundam gentiem, nequaquam juri civili, accepto ferendum. Sic autem multis in locis servatur, ut ubi Arrestum judicialiter fuerit confirmatom, ab eo tempore jus pignoris, et consequenter praelationis in ea re, quae petitur, constitutum censeatur, qua de re Peckius agit in *Cap.* 40. *de jure sistend.* In Frisia jus civile, quod hanc arresti virtutem ignorat, sequimur; nec jus pignoris aut praelationis ei unquam adscribitur; nisi quod judicii militaris Praetor et Adsessores, diversum judicandi institutum moribus supra dictis convenieos, sequuntur et hactenus observarunt. Mornacius ad *l.* 1. *de Pignor.* de Gallis laudat Edictum Regium; que ex sententia tam civili quam criminali datur hypotheca, sine mentione Arresti, quod ut nimis procul a Jure civili recedat, ab illo tamen eximie probatur. Nescio an aliis idem videretur. In Arresto haec ratio concurrit, quod illud universali fere gentium instituto rem adficit, inque rem nationem producat, quod prope satis ad hypothecam accedit.

13. Sed est alia pignoris taciti particularis species in Frisia, per consuetudinem, quae vim legis habet, recepta. Coloni, qui habeat superficies, id est domos praediis a se conductis impositas, cum horreis, stabulis, hortis, molis, aliisque structuris, quando finite conductione recedunt a praediis, domini tenentur ad taxationem aedificiorum, ipsis tanquam bonae fidei possessoribus praestandam; pro qua pecunia censentur habere tacitam in agris, qui domibus istis gravati dicuntur, hypothecam, et haec consuetudo saepe rebus judicatis est approbata, quemadmodum *ad tit. Locati Conducti loco peculiari* copiose probavimos. Addemus judicatum recens, unde constet, eum, qui superficiem habet, non tantum habere jus in domum materiamque, sed in fundos, inquam, quorum colendorum gratis domus aedificata fuit. Dominus agrorum foro cesserat, et creditores de ordine hypothecarum disputabant. Colonus impetraverat taxationem aedificii, sed pecuniam non acceperat. Tempore aedificationis praecedebat reliquos creditores, ideoque se per tacitam hypothecam omnibus anteferri postulabat, ut e pretio agrorum, summa taxationis solveretur. Commissarius Curiae praetulerat eum non pro pecuniis ipsis, de taxatione aedium competentibus, sed in ipsam domum; quasi jure quidem dominii domum istam sibi vindicare posset, creditoribus exclusis, secundum jus, quod dominos rerum ponit extra sphaeram creditorum: quod autem ad reliquos nummos e taxatione debitos attineret, aliis creditoribus erat postpositus, unde hi sic argumentabantur, posse illum de domo agris imposita statuere quod vellet, pecuniam pro illa peti non posse, nisi reliquis creditoribus dimissis: hoc erat nihil. Sed a Curia creditoribus hypothecariis tempore posterioribus, quam erat jus superficiei ipsius, praelatus est colonus, cum omni pecunie, quae ipsi ex aedium taxatione debebatur; In causa *Joukjen Ulbes*, contra *Wybe Piers*, *ante ferias Paschales* 1680. Explicitae sunt species hypothecae legalis.

TIT. III.

QUAE RES PIGNORI VEL HYPOTHECAE DATAE OBLIGARI NON POSSUNT.

I. Quo sensu res aliena pignori dari nequeat, cum vendi possit. II. Quibus casibus alienae rei pignus convalescat, ubi pugna l. 41. de Pign. act. et l. 22. h. t. *III. Casus alii, quibus directe pignus non valet, utiliter tamen sustinetur. IV. De rebus oppignorari et alienari prohibitis, et primo de causis prohibitionis. V. De Domanio, differentiaque in hac parte Monarchiae et Aristocratiae. VI. De rebus Ecclesiasticis. VII. De bonis civitatum duplicibus. VIII. An et quomodo bona civitatum patrimonialia, vendi vel oppignorari possint. IX. De bonis fructuariis et pastoralibus. X. An a Principe prohibitio alienandi tolli possit. XI. Causae, propter quas judex res prohibitas pignori dari aut alienari permittere potest, ubi de alimentis.*

(a) Regula juris est tralatitie; quoties, an aliquid facere quis possit, quaeritur, dicere solemus, *posse qui non prohibentur*, ut ex doctrina contrariorum saepe res evidentius explicantur. Idem est hujus Rubricae institutum; etenim scire cupientibus, quae res pignori vel

(l) *Pos.* 12. *et* 13. (a) *Pos.* 1. *et* 2.

hypothecae obligari possint, suppeditantur in *hoc titulo* res, quae obligari non possunt. At nec positiva deest regula, quae res hypothecae capaces suppeditat, petenda ex *l.* 9. §. 1. *de Pignor.* Quod *emptionem venditionemque recipit, etiam pignorationem recipere potest*: quae tamen primo auditu patitur hanc *objectionem*, quod res aliena sine ulla dubitatione vendi possit, *l.* 28. *de cont. empt.* sed rem alienam pignori dari non posse, non minus indubitatum est. *l.* 9. *in pr. l.* 16. §. 1. *et l.* 20. *in pr. de pign. act.* In eventu tamen non videtur tantum interesse, quantum ex his regulis oppositis colligi posse videatur: nam sicut is, qui rem alienam ignoranti vendidit, tenetur in id quod interest, sic etiam qui rem alienam pignori dedit, ignorans etiam, in id quod interest conveniri potest. *d. l.* 9. *et l.* 16. §. 1. *de Pignorat. act. l.* 3. *C. si res al.* Quid igitur est, quod hic discrimen traditur? Equidem non tam in eventu, quam in principio naturaque fundamentali contractuum quaerenda differentia est. Quando res aliena venditur, contractus est perfectus ante traditionem, quam non ad perfectionem, sed ad implementum ejus pertinere, constat ex §. *cum autem.* 3. *Inst. de Empt. vend.* nec ad ejus perfectionem requiritur translatio dominii, vel juris alicujus in re, sed actio personalis; quae, si venditor non sit dominus, effectum hujus contractus absolvit. *l.* 11. *in pr. et* §. 2. *de action. empt.* Verum quicunque pignus dicit, ipsum jus in re dicit, traditione praesenti constitutum, nec sine illo pignus intelligitur. Atqui personalis actio circa rem alienam facile nasci potest. Jus in re cum actor ipse jus in re nullum habeat, haud quaquam constitui potest. Ita haec res explicanda videtur; quibus adde sis Petr. Fabr. 2. *semest. c.* 17.

2. (b) Quae tamen ex conventione, vi legis adjuta, nascitur jus hypothecae, nihil vetat, rem alienam sub conditione, quam omnis conventio recipit, pignorari, *si quando nostra fiat*, *arg. l.* 16. §. 1. *D. de pign.* et directe ex *l* 3. §. 1. *D. Qui potior. in pign.* ubi paterfamilias rem sibi debitam, ac ita alienam, in casum, quo sua sit futura, recte pignori obligare dicitur. Atque adeo sic in universum colligimus, quicunque rem alienam pignori dedit, si postea dominium sit nactus, quasi ex nova voluntate pignus constituere videtur, idque ita convalescit. *l.* 41. *D. de Pign. action.* Merito enim ex facto suo debitor pati debet, ut pignus convalescat, nec habet contradictionis speciem. Sed pone, meum cognatum dedisse rem meam pignori, meque deinceps ei mortuo factum fuisse haeredem, an pignus etiam convalescit? Directe quidem non potest, quia sine meo facto meaque voluntate res pignori data est ab eo, qui jus illud non habebat; sed quia tamen ego haeres, ad factum defuncti praestandum teneor, hinc utilis hypothecaria creditori in rem meam, inscio me pridem oppignoratam, dari Modestinus adfirmat in *l.* 22. *D. de Pign.* Nata est discrepantia Pauli in *l.* 41. *de Pignor. action.* et difficilis conciliatio: nec in talibus prolixi esse amamus: sive enim dissentiat Paulus, ut valde vult D. Wissenbach. ad *tit. de Pign. ult. th.* sive liceat dicere, quod in *l.* 22. fuerit simplex ignorantia Domini, at quod in *l.* 41. datum sit invito Domino pignus ab initio, idque ferant verba *sine mea voluntate*, non est dubium, quin sententia Modestini ob aequitatem in foro praevalitura sit. (1) Plane, si creditor rem alienam fuisse ignoraverit, habet utilem hypothecariam; scienti alienam fuisse, cum pignori daretur, actio *difficilius* dabitur, *l.* 1. *h. t.* tenerius, pro *non* dabitur arg. *l.* 16. §. 1. *in fin. de Pign. act. l.* 8. *in fin. de Collat.* Wissenb. *ad. h. t. th.* 2. Sed exceptio atque retentio facilius conceditur, id est sine dubio, quamdiu verus dominus eam non repetit: aut, si debitor postea dominium sit nactus, adversus ipsum quoque proderit exceptio, licet actio adversus eumdem non daretur, quoniam ubi est utriusque conscientia rei alienae vitio infecta, potior est conditio possidentis. *d. l.* 1. *in princ. de Pign. l.* 16. §. 1. *in fin. de Pignor. act.* Denique, rem alienam voluntate domini recte ab initio oppignorari, et per ratihabitionem convalescere, non est dubium. *l.* 20. *eod. tit.* Quin et scientia domini juncta silentio in fraudem creditoris, firmatur. *l.* 2. *C. Si al. res pign.*

3. (c) Sunt et aliae species, in quibus utilis exceptio datur ei, qui stricto jure pignus adquisivisse non videtur, qualis est, qui pignus a procuratore sine mandato domini, in cujus tamen rem versa fuit pecunia, nactus est. *l.* 1. *C. Si res. alien. pign.* Exemplum aliud est in creditore, qui pignori a debitore accepit rem ipsam ab alio pignori datam; nam secundus creditor, cui res a domino non est oppignorata, sed a primo creditore, habet utilem actionem, et exceptionem, quamdiu jus primi creditoris durat; namque ubi primus originalis debitor idemque dominus pignoris, solvit quod debet,

(b) *Pos.* 3. 4. *et* 5. (c) *Pos.* 6. *et* 7.

(1) *Consule Gerard Noodt* in lib. de forma emend. doli mali *Cap.* 12. et in Comment. ad tit. ff. de pignor. et hyp.

jus secundi crediiorie evanescit, ac ite res redit ad dominum. *l.* 13. §. 2. *de Pign. l.* 2. *C. si pign. datum.*

DE REBUS NON OPPIGNORANDIS, NEC ALIENANDIS.

4. Haetenus de re aliena pignori date; sed Rubrica latiorem postulat expositionem rerum, quae prohibentur obligari. Est autem haec probibitio vel absoluta, vel certo modo limitata; sed hujus rei exegesis nos ad rem altioris indaginis adduoit, per regulam juris, quae dictat; *sub alienatione prohibita comprehendi pignoris dationem, l. ult. C. de reb. alien. non alienand.* et quia non habemus locum proprium in *Pandect.* agendi de prohibita alienatione, quam ad *tit. Instit. Quib. alien. lic. vel. non.* delibavimus; hoo loco supplementa ejus collocare visum fuit, talia, quae alibi minus commode tractari posse videbantur.

(d) Quod alienatio sit omnis actus, per quem dominium transfertur, constat ex *l.* 1. *C de fund. dotal.* Sed cum de alienatione prohibita loquimur, ita est, ut diximus, contineri sub ea quoque oppignorationem, servitutis impositionem, divisionem, transactionem, compromissum, permutationem, dationem in solutum, et si qua praeterea sit species dominii tollendi, vel notabiliter immienendi. ex *l. ult. C. de rebus alien. non alienand. l.* 1. *et l.* 3. §. *penult. l.* 5. §. 8. *l.* 7. *in pr. D. de rebus eorum qui sub tut. et cur.* Ex definitione alienationis deducitur haec regula; *Dominus rem alienare potest*, nisi quatenus ipsi prohibitum est, ut vidimus ad *d. tit. Inst. quibus alienare licet.* Inde repetendum et hoc est; causam prohibitionis esse vel immediatam ex lege, vel interveniente facto, et quidem triplici, magistratus, testatoris, aut conventionis. Prohibitio, quae fit ipso jure, babet rationem personalem aut realem. Rationes personales spectant vel ad personam quae prohibetur, vel ad elium. Respectu personae probibitae sciendum, res suas alienare vel oppignorare non posse, quibus nullum est animi judicium, ut infantes septennio minores, item furiosos et mente penitus captos, per *l.* 5. *et l.* 40. *D. de R. J.* Huo etiam pertinent, qui judicio needum firmato utuntur, ut infantie majores sed minores annis 25. juxta prodigos, mutos, surdos et perpetuo morbo laborantes; denique mulieres nuptae et omnes, qui in potestete curaque aliorum agunt §. 2. *Inst. Quibus alien. lic.* §. 4. *Inst. de Curat. l.* 65. §. 3. *D. ad SCtum Trebellian.* Quid juris sit in alienatione facienda per tutores et curatores, locus nobis occurret proprius in *tit. de rebus eorum qui sub tut. vel cura sunt.* Sed inter personas prohibitas sunt etiam conjuges, qui sicut invicem donare prohibentur, ita pignori quoque res suas donandi animo pro se mutuo obligare non possunt, ut similiter ad *tit. D de donat. int. vir. et ux.* videbimus. Filiusfamilias etiam nec alienare, nec oppignorare suas res, exceptis castrensibus et quasicastrensibus, potest, de quibus in *d. tit. Inst. Quib. alien.* fuit actum.

5. (e) Prohibitio respectu rerum, multa complectitur. * Primo enim hujus generis sunt omnes res commercio exemptae, quales sunt publicae et fisci res, inter quas *Domania* quae dicuntur, bona ecclesiastica, atque templorum, quae omnia tam pignorationis quam alienationis incapacia sunt, *l.* 3. *et l.* 6. *C. h. t.* nec homines liberi ex earum rerum numero sunt eximendi, per *l.* 1. *C. de Patr. qui filios distrax.* quanquam respectu liberorum hominum, qui ab hostibus redempti sunt, pignoris aliquid instar receptum videtur; potest enim, donec pretium restituat qui redemptus est, detineri. *l.* 15. *de Captiv. et postlim.* Domania, quae sunt bona principi ad sustentationem exhibitionemque dignitatis destinata, vocantur res dominicae, in *tit. C. Ne rei domin.* etc. videnturque diversae a rebus, quas antiqui Scriptores Romani vocant *res Caesaris.* Nam haec fuere bona principum haereditaria; quae ante Principatum habuerant, et quorum alienatio, quamdiu cum domaniis juncta non fuerint, non minus est libera, quam cuilibet suae rei patrimonialis: sed *Domania*, sicut deinceps habita sunt hodieque habentur, nec alienari, nec oppignorari possunt, quia principes tantum habent eorum usumfructum, proprietate penes Rempublicam in usum posteritatis remanente, quo nihil omni Europa notius et certius est. Etiam in Regno Galliae, quod omnium in humaniore parte terrarum orbis παμβασιλικώτατον habetur; adeo ut superiore seculo Franciscus rex I. pacis cum Carolo V. initae ruptam fidem, hac unice ratione defenderit. Non posse igitur domania vendi vel alienari, sine consensu populorum, certissima doctrina est. Sand. *lib.* 3. *tit.* 3. *def.* 1. Quid in Aristocratia Juris sit hac parte, et an Optimates bona Reipublicae per se alienare possint, non

(d) *Pos.* 12. (e) *Pos.* 9. 10. *et* 11.

* Pertinent huc et feuda, quae sine domini directi consensu, regulariter nec alienari, nec hypothecae subjici possunt. *II. feud.* 55. ubi Jure Saxonico Electorali, ne quidem hypotheca domino consentiente legitime impetrata, sine novo consensu, in alium transferri potest. *Ord. Proc. Sax.* tit. 46. §. *So lassen.* ibique Martin. *n.* 5. Carpz. *L.* 5. *Resp.* 36. Heig. *P.* 2. *qu.* 5. *n.* 28. *seqq.*

memini ab ullo scriptore tractatum. Ex ratione juris; in thesi negandum videtur; quia Optimates non habent plus juris, quam Regibus simpliciter constitutis datum intelligitur; sed hoc interest, quod in Regno domania distinguuntur a bonis Reipublicae; quod in Aristocratiois non habet locum; etsi forte Domaniorum appellatio illic etiam seorsim usurpetur, ut apud nos ex Regiae potestatis reliquiis obtinuit; non sunt optimates fructuarii talium bonorum, sed jure proprietatis simpliciter ad rempublicam pertinent. Quando igitur optimatibus jus arbitriumque omnium rerum a populo datum est, aut a tempore immemoriali competit, non videtur haesitandum, quin iisdem dispositio de bonis pecuniisque publicis delata sit, aut competat. Nec enim dubitari potest, quin Senatus Venetus, Ordines, Hollandiae Frisiaeque, bona Reipublicae alienandi potestatem habeant, si res ita ferat, ut hoc jure utendum pateat. Olim id poterant Principes, cum Ordinum scilicet consensu. Principibus amotis eorumque jure in Ordines relapso, hos solos id posse, consentaneum est.

6. Juxta dominicas sunt res Ecclesiasticae, quas minime alienare, proinde nec oppignorare licet, nisi ex causa necessitatis, aut evidentis utilitatis. Ad necessitatem pertinet redemptio captivorum, solutio aeris alieni, et sustentatio pauperum extremae tempore famis. *l. Sancimus.* 22. *C. de Sacro-sanct. Eccl. Nov.* 120. c. 6. Utilitatis ratio permittit eas res alienari, si nullus fere, ut nunc est, reditus e bonis proveniat, *Nov.* 119. *c. pen.* et *Nov.* 120. *c.* 1. qua in re haec bona discrepant a rebus pupillorum et minorum, quas utilitatis causa nullo modo alienari posse, dictum est alias, et videbimus *in loco.* Modus, quo jure civili harum rerum alienatio fieri debet, exponitur in Authenticis *d. l.* 22. *et l.* 14. *C. eod.* subjectis, a quo non abhorrent mores gentium, habita ratione cujusque Reipubl. Mos juris Frisici circa res Ecclesiasticas templorumque alienandas, praescriptus est in *l.* 1. *Stat. tit.* 17. et relatus a nobis in *part.* 1. *Iurispr. hodiernae lib.* 2. *c.* 55.

7. Bona civitatum, aliarumque universitatum, sunt duorum generum: vel enim ad jus regalium pertinent, et pendent a dispositione summae potestatis in quaque republica, vel sunt patrimonialia. Res prioris generis sunt portus, flumina, viae publicae, muri quoque et portae civitatum, ut videtur, quia jus muniendi ad *armandiam* et ad regalia pertinet; ideoque a nemine possunt alienari vel oppignorari, jure notissimo. §. 4. *Inst. de Legat. l.* 39. §. 8. *et seqq. de Legat.* 1. et per *l.* 137. §. 6. *de V. O.* Ideoque sub hypotheca bonorum civitatis non continentur; nec proinde si qua civitas a creditoribus suis ad necessitatem cedendi bonis redigatur, non esse quod muris et portis cedat, respondimus aliquando civitatis cujusdam rectoribus ea de re consultantibus, etsi alia quaedam civitas idem actura, portas et moenia bonis quoque cedendis, ex consilio juris-peritorum minus perito adnumerasset. Jam diximus *in Parte I. pag.* 104. portas et muros esse Reipubl. quemadmodum et portus; non singulorum municipiorum, etsi forte sumptibus illorum sustententur; quanquam id in Frisia secus est: hoc enim imperio et nomine Reipubl. cui subjecta sunt municipia, facere intelliguntur. vide. *lib.* 4. *Feud. tit.* 56. *Quae sunt Regalia*, et ibi *Interpp.* Sed bona patrimonialia civitatum sunt domus, agri omnesque reditus stabiles, qui alienationem recipiunt, si consentiant omnes, vel major pars curialium et possessorum civitatis, ad quam res pertinent. *l. ult. C. de vend. reb. civitat.*

8. Sed ut hodie res sunt nostrae, Sandius requirit tres omnino conditiones ad ejusmodi rerum alienationem; primo decretum eorum, quibus in quaque universitate jus est de bonis disponendi, quales in agris sunt proprietarii suffraganei, quos heic vocamus, et in oppidis magistratus ac decuriones. II. ut decretum illud Supremae Curiae actis insinuetur, et III. ut venditio publice per auctionem celebretur. *Tract. de prohibita rerum alienatione Part.* 1. *c.* 8. Cum autem sub alienatione probibita comprehendatur oppignoratio, in hac etiam requiri videntur duo saltem priora requisita. Nam auctioni publicae non esse locum in hypothecis, res ipsa loquitur; quanquam et secundum, de insinuatione in acta Curiae, non sit usu receptum, non utique certe in hypothecis.

Sed an in contradictorio validae forent hypothecae, sine requisitis illis contractae, quaesitum et dubitatum est. Pro affirmativa facit, quod nec in jure civili, nec in Statutis Frisiae, talis insinuatio in acta Curiae requiratur, et quod jam pridem civitates eodem modo aes alienum contraxerint suaque bona pignori obligaverint, quo privati id instituunt. Pro negativa, quod cum in omnibus universitatum bonis alienandis decretum Curiae requiratur, et sub alienatione semper hypotheca contineatur, hic casus aliter accipi non posse videatur. Cui accedit, quod facilitas obligandi bona civitatum aliarumque universitatum adeo dissoluta sit, ut merito aliquod fraenum requirat. Judicium Curiae Supremae hac de re nullum adhuc exstat. Sed creditores civitatis non ignobilis in Frisia, cum apud Forum agerem, hanc quaestionem ventilaverant, in casu concursus et praelationis creditorum illius civitatis. Et quidem a Commissario Curiae probatae sunt hypothecae ex decreto magistratus

et decurionum, sine consensu Curiae vel insinuatione in acta publica, contractae; postpositi creditores appellaverant, sed errore negligentiaque fatalibus appellandi commissis, ad Judicium Curiae res non pervenit. Forte nihil erres, si nec jure civili, nec Statutis Frisiae, plus ad oppignerationem rerum civitatis requiri statuas, quam decretum magistratum cum Senatu, et qui in aliis universitatibus simile jus habent. Nam citata *lex ultima* nihil amplius requirit, praeter urbam Regiam, quae Imperatoris egat consensu. Statuta Frisiae praescribunt modum alienandi res templorum, ecclesiasticas, domum miserabilium: at civitatum, praeturarum, pagorumve non meminerunt. Haec ita in municipiis membrisque majoris Imperii subjectis; nam civitates liberae, quae superiorem non agnoscunt, nullis legibus, quominus suo arbitratu publicas res alienent, ab aliu circumscribi possunt, ut Sand *d. c.* 8. *n.* 12. *et seqq.*

9. Ad prohibitionam respectu reali, pertinent res dotales, de quibus dicta *ad tit. Inst. quib. alien. licet.* non repetimus. Nec est necesse monere, bona fructuaria non posse pignori obligari, quod diutius quam ususfructus duret, ut apud nos quoque locum habet in ea parte bonorum ecclesiasticorum, quorum pastores habent usumfructum; qui propterea nec domos praediis pastoralibus impositas vendare, agrosque subjectos eo mode pignoris jure gravatos ad successores transmittere possunt, quod tamen superioribus annis in hac provincia crebro factum, gravibus incommodis occasionem praebuit, quibus Ordines Frisiae remedium posuerunt lege lata *die* 21. *Febr.* 1685. de qua egimus in *d. cap.* 55. *Jurisp. hodiernae* 25. *et seqq* Denique, litigiosa bona quod alienari nequeunt, ad alium quoque *titulum* pertinat, *infra* de Litigiosis.

10. Sequebantur prohibitiones ab hominibus factae, tam a Magistratibus, respectu prodigorum, quam testamento: sed de prodigis agendi locus erit ad *tit. de Cur. fur.* De prohibitione testamentaria agetur, ubi ad locum de *fideicommissis* pervenerimus. Ad hoc caput pertinet quaestio; an Princeps sive summa potestas Reipublicae, prohibitionem alienationis vel oppignorationis tollere possit. Communis sententia vult, id non liecre, quod attinet ad testamentariam prohibitionem, licet aliter sentiant de alienatione, quae per legam fit, aut a Magistratu, referente Sand. *dict. tract. in Coronide.* Sed verius est, inter jura summae potestatis recte referri jus liberandi onere fideicommissi bona, quae sine gravi incommodo sub hoc onere possideri nequeunt: ut in nobilissimis familiis et magnificis praediis saepe fieri videmus, quando ad plures possessores, cum ipsa individua sint, vel difficulter divisionem recipiant, devolvuntur. Atque ita videmus indistincte jus hoc a Principibus liberisque Rebuspublicis exerceri: quanquam nostri Ordines Frisiae laudabili moderatione adhuc quod intellexerim, juris privati dispensationes suarum partium non fecerint. Et Curia Suprema constanti et religiosa observatione jus secundum leges dicere, quam utilitatis praetextu, singularibus indulgentiis earum vim resolvere mavult. Meminimus, cum ejusmodi libellus ante aliquot annos Curiae oblatus esset, in quo justissimae causae remittendi aliquid de rigore fideicommissi memorabantur, Commissarium libellorum supplicum rescripsisse, *Curiam permittere alienationem*: diu postea cum illud Rescriptum in Senatu proferretur, ejus rationem non fuisse habitam: etsi Curia nostra alioqui in parvis Majestatis juribus, quae ad judicialia pertinent, ab antiquo Principem repraesentet. Antehac in Hollandia jus liberandi bona fideicommissaria hoc onere a Suprema Curia exercebatur; sed dein factam audivimus, ut Ordines eam potestatem sibi vindicaverint, quemadmodum a Juris Publici Scriptoribus ad minora jura Majestatis unanimiter refertur; utpote ministerium legum, quale est judicium, excedens et supra leges evidenter adscendens. *Edict. Ordd. Holl. d.* 23. *Jul.* 1670.

11. In nostra Curia non nisi juridicae admittuntur causae, quales sunt aes alienum auctoris fideicommissi. *per* §. *ult. Inst. de Leg. Falc. l.* 16. *C. eod.* Impensae in res alias ab eodem alienari prohibitas necessario faciendae, *arg. l.* 22. §. 3. *ad Sc. Treb. l.* 53. *de Haered. petit.* dotes et alimenta liberorum. *Auth. Res quae. C. Comm. de Legat. et fideic.* De studiis idem Menoch. *l.* 4. *praes.* 191. *n.* 12. quod idem admitti posse, si filius a Patre vivo studiis sit adhibitus. Quod extensum est a Curia ad ejusmodi propinquos, qui a Testatore fideicommissi auctore fuissent alendi, quamvis ex linea collaterali, ut Nauta refert esse rescriptum, ad libellum haeredis ejusdem gravati, qui ut bona fideicommissaria pignori dare liceret, pro duobus florenorum millibus in usum alimentorum ejus mutuo quaerendis petierat *d.* 26. *Aprilis* 1636. Caeteroquin, etsi bona corruerunt, non permittitur alienatio, sicut, me referente, rescriptum est matronae, quae domum et agrum fideicommisso gravatus possidebat. Domus annosa non poterat stare diutius, neque locari, impensis reparationum excedentibus vires supplicantis; erat emptor, vicinus, non spernendo pretio, quod foenori collocandum offerebatur, nihil tamen impetrare potuit, impetratura facilius, si petiisset, ut de agro tantum sibi vendere liceret, quantum ad reparationem domus fuisset necessarium. *mense Febr.* 1682. Haec etiam referri possunt ad fideicommissi doctrinam, cujus est locus inferior.

TIT. IV.

QUI POTIORES IN PIGNORE VEL HYPOTHECA HABEANTUR, ET DE HIS QUI IN PRIORUM CREDITORUM LOCUM SUCCEDUNT.

I. Creditoribus praeferendos dominos. II. Etiam venditores, fide non habita et qui jus in re habent. III. Non tamen pro pensionibus praeteritis. IV. Hypothecarios praeferri personalibus, exceptis funerum et judicialibus auctionumque impensis. V. Salaria Advocatorum an habenda pro judicialibus, distinguo. *VI. Secus ac in sportulis etc. VII. Ex Hypothecariis Privilegiatis primum jus Fisci in causa primipilari, et cum tempore prior est. VIII. Haud aeque in Tributis, quae male confundi cum causa primipilari. IX. Quatenus idem jus Quaestoribus et Collectoribus competat. X. De Privilegio Creditoris in militiam. XI. Privilegium mulieris in dote. XII. Quartum locum variis dari, inprimis qui ad rem emendam crediderunt. XIII. De probationis in hoc articulo exactitudine. XIV. Non dari hoc privilegium, nisi hypothecae conventionali. XV. An et quando, procuratores et Advocati in rebus judicatis suo patrocinio obtentis, ad hunc ordinem spectent. XVI. Fiscum et pupillos, non nisi certis casibus esse privilegiatos, ubi de pugna* l. ult. h. t. *cum* l. 28. de jur. Fisc. *XVII. An domini directi ratione pensionum praeteritarum huc pertineant.*

(a) Quemadmodum finis pignorationum est solutio debiti, ita si, quod omni die accidit, multis nominibus obligato debitori vivo vel mortuo funus fiet, * oritur saepe *μέγας ἀγὼν ἐπιτάφιος*, *magnum funebre certamen*; ejusmodi tamen, et ex jure manu consertum, non ferro, sed dictis singuli pecunias suas repetant: que in re multa opus est prudentia, ut fiant ex Arte, sine Marte *dispartiti viri*, *dispartiti ordines*. Negotium totum certis regulis gubernatur, quarum prima omnium, praemunimenti loco magis servit, quam in acie ipsa consistit. Certamen est inter creditores, quibus actio personalis in debitorem pignore firmata competit, nostratibus *Inschuldt*. Nec ideo proprietarii, quibus aliquod jus in re constitutum est, sive dominium, sive ususfructus, vel superficies, aut emphyteusis, vel annuus ex fundo reditus, aut aliud simile genus *van bekceringe*, (liceat ita loqui) competit, ad hunc conflictum

(a) *Pos.* 1.

* De concursu † et classibus Creditorum. *P. 1. C. El.* 28. et inprimis *Ordin. Proc. Saxon. Tit.* 41. *sqq.* possunt videri. Constituit autem dictus titulus 41. §. *Es sind aber insgemein.* quinque creditorum classes, †† primam eorum, qui praerogativam habent prae omnibus, alteram hypothecariorum cum privilegio praelationis, tertiam hypothecariorum simplicium, quartam personaliter privilegiatorum, ac denique quintam Chirographariorum. Jure Communi alii totidem, alii plures, alii etiam pauciores classes constituunt. Ziegler. *ad d. Tit.* 41. verb. *funf unterschiedene* Classes.

† Orto concursu statim omnium facultatum, quo denique nomine veniant, judiciali obsignatione praevia, inventarium, recisis omnibus sumptibus minus necessariis, est conficiendum, curator bonorum e judice bona fide et ex officio constituendus, juramento obstringendus, debitor autem ab omni administratione penitus excludendus. Uti ille curator commoda concursus omni modo promovere, et, quidquid est nominum, exigere tenetur, ita, quam primum fieri poterit, ad auctionem mobilium et subhastationem immobilium est procedendum bonaque pluris licitanti sunt adjudicanda, neglecta omni protestatione, et appellatione, de qua postea ad Judicem superiorem ex officio erit referendum. Qui vero jus retentionis pignoris vel aliud quodcunque, sibi in bonis competere ajunt, sciant, ex rerum pretiis simpliciter sibi legitimo ordine esse satisfaciendum. *O. P. S. E. I. et E. Tit.* 41. §. 1. Creditores omnes noti ignotique, sub praeclusi poena edictaliter citandi, indultis spatiis Saxonicis duobus, vel, si feuda nobilia, aut mercatores concursum patiantur, tribus: qui intra ista spatia non comparent, absque sententia comminatoria pro praeclusis habendi, exceptis iis, quibus beneficium restitutionis in integrum competit, qui designationis sententia nondum in rem judicatam versa, adhuc admittendi audiendique sunt. *d. Tit.* §. 2. *et sequentibus*, ex quibus omnem in concursu procedendi modum colligere est, hic, quoad omnia et singula momenta, minime repetendum.

†† Quae jure novissimo judiciario ad tres redactae sunt, ut ex iis patebit, quae producentur ex *O. P. S. E. I. et E.*

vocantur, verum hi suas res suaque jura sine controversia, * si modo probentur illis competere, praecipiunt, iisque manum injiciunt. *l.* 24. §. 2. *in fin. de Reb. auct. jud. possid. l.* 1. *C. de Privil. Fisc.*

2. Dominorum numero habendus etiam venditor, qui fidem de pretio non habuit, §. 4. *I. de R. D.* ubi diximus *in Parte I. Praelect. pag.* 140. *in fin. et seq.* Rursus *ad tit. ff. de contrah. empt. pag.* 489. *et seq. Part. II.* Quibus adde sis Gail. *l.* 2. *obs.* 15. Qui fidem, inquam, de pretio (quod in dubio non praesumi, *dd. locis* probavimus) non habuit, rem vindicare potest, neque cum creditoribus disceptare cogitur. Addit Thomasius ad *posit. nostram* 1. *h. t.* idem jus habere *eum, qui fidem quidem habuit, sed ad habendam fidem dolo inductus est*; quod potest admitti, si dolus valde singularis atque ad eam rem applicitus fuerit quemadmodum Gail. *d. loc. Si cum tempore venditionis jam erat non solvendo emptor, jam antea cessionem vel fugam praecogitaverit, tali casu fides habita, cum dolus ei rei causam dederit, pro non habita, nec res tradita, sed fraudulenter ablata censetur. arg. l.* 3. *de Pign. act.* Quod si alias tralatitio dolo mendacioque fidem emptor sibi fecerit apud venditorem, non dixerim, ubicumque dolus aliquis argui potest in emptoris persona, dominium rei venditae esse reservatum; maxime, si non modo in concursu creditorum, sed etiam contra tertium rei vindicatio sit exercenda, quemadmodum res fide non habita venditas, ubique locorum in nundinis et aliis mercatibus vindicari posse, docet Gailius, ac ita in causa quadam se meminisse in Camera judicari, testatur *d. cap.* 15. *in fin.* Idem juris erit in pacto reservati dominii, secundum ea, quae *ad tit. de Contrah. empt. in fine* demonstrata sunt, quemadmodum de rebus commodatis, depositis et pignoratis indubitatum est.

3. Juxta dominium proprie dictum, idem de reliquis juribus in re constitutis statuendum. Quando creditores bona debitoris sui executiunt, qui habent emphiteusin, superficiem, usumfr. annuumve reditum, de illis juribus nihil periclitantur, ut tamen pensiones quae pro annis praeteritis debentur, quae non sunt jura in re, sed praestationes, hypothecarii crediti more censeantur, quod etiam nec aliter observatur; modo non contra statuat *lex* 15. *h. t.* quae superficiem in alieno positam pignori dari posse docet, *ita tamen ut prior causa sit domini soli, si non solvatur ei solarium*, id est merces pro soli usu. l. 2. §. 17. *Ne quid in loco publ.* Non puto, ad annos praeteritos hoc esse referendum, sed ad tempus, quo fit concursus, et deinceps; ipsum jus soli manet in superficiem; cujus effectus est solarii exactio, si non solvatur, sicut is, cui reditus ex fundo debetur, salvum habet jus petendi reditus, si non solvantur. De praeteritis, quae solvi debuerunt neque exactae sunt, pensionibus, non est ratio, ut directus dominus plus juris habeat, quam dominus plenus habet in pensiones sibi ex re sua debitas, qui certe in iis non praefertur.

4. Creditorum divisio summa est in personales et hypothecarios, *προσωπικούς και ὑποθηκαρίους*, ut Graeci. Personales, qui personam duntaxat habent obligatam, sine pignore vel hypotheca; quales quia chirographis fere subsignant, *Chirographarii* quoque vocantur. Utrique, tam chirographarii, quam hypothecarii, sunt vel tales *respective* tantum, vel privilegiati. In omnium conflictu prima est haec regula. *Hypothecarii praeferuntur personalibus*, *l.* 3. *l.* 9. *et l.* 10. *C. h. t.* cujus rei haec est ratio, quod hypotheca sit jus in re fixum, rem afficiens totam, quod alio jure subsequente non potest refigi, vel removeri; cum personales creditores nihil quam personam debitoris habeant obligatam jure dandi aliquid vel faciendi, quod nihil vetat eodem tempore pluribus deberi. Sed ut nulla regula suis caret exceptionibus; ita et Personales nonnulli, secus ac regula dictat, hypothecariis praeponuntur, ** quales sunt qui in funus impenderunt, *l.* 14. §. 1. *ff.*

* Etiam *Ord. Proc. Sax. tit.* 42. *pr.* concursui non immiscet eos, qui ex dominio res suas sibi vindicant, † e. g. deponentes, si res deposita extet. Carpz. P. 1. C. 28. *def.* 15. locatores, qui vaccas ferreas concursu in bonis coloni orto, recte praecipiunt. Richt. *de Privil. et Concursu Cred. c.* 2. *membr.* 1. *n.* 23. *seqq.* ubi *n.* 28. subjicit praejudicium. Eodem jure viduae, vel uxores, res suas apud maritum extantes repetunt. Carpzov. *ad d. C. d.* 13. et liberi bona propria a patre vindicant. Id. *d. l.* 14. *add.* Mencken. *Disp. de rebus uxorum extantibus a Concursu separandis*, *quae est Volum. disp.* 16.

† *Iure* etiam novissimo res in natura superstites, quarum proprietas penes alios est, ut deposita, res apud debitorem ut commissarium repositae, et quidquid uxoris est liberorumque, merito separantur et proprietariis restituuntur. *O. P. S. E. I. et E. Tit.* 42. *pr.*

** Hi sunt, quos Ordinatio nostri Processus in prima classe constituit, ac sequenti locat ordine: † I. impensas in concursum factas faciendasve. II. residuum pretii ex re, in qua sibi venditor dominium vel hypothecam in residui pretii securitatem, in ipsa traditione vel ante eam reservavit. *O. P. S. Tit.* 42. *pr.* §. *in Erwegung.* §. *also auch.* ubi reservatio etiam extrajudicialis sufficit, ut *supr. P. III. p.* 32. fuit monitum, nisi quod in bonis feudalibus sine domini directi consensu ea fieri nequeat. *a. II. f.* 55. Carpz. *l.* 4. *Resp.* 28. Id. P. 1. C. 23. *d.* 18. seu *resp. Fac. Ju. Lips. Mens. Jan.* 1705. Dissent. Berl. P. 1. *Concl.* 64. *n.* 35.

de Relig. quibus cum usu Fori comparentur sumptus in morbum ultimum facti, * his idem jus tribui, consentaneum est, dissentiente licet D. Matthaeo *disp. de Judic.* 14. *th.* 8. Excipiuntur etiam sumptus judiciales, facti in haereditatem jacentem, ** *l. ult.* §. *in computatione* 9. *C. de jur. delib.* quibus accenseri possunt sumptus venditionum explicandarum causa facti, *l.* 72. *ad L. Falcid.* maxime ubi publicis auctionibus cum effectu paratae executionis, ut fere semper apud nos in rebus mobilibus, fiunt venditiones. Hac occasione referam, quod aliquando quaesitum est. Actuarii venditionum publicarum, pro sumptibus stipulari solent ab emptoribus vigesimum octavum pretii nummum, sed plerumque domini venditores hoc lucrum partiuntur cum actuariis; haeres sub beneficio inventarii venditor, id

III. Creditores, qui debita Jure hypotecae exigunt constitutae, antequam debitor fundum adquireret, *d. c.* §. *gleiche.* Carpz. *P. I. C.* 28. *d.* 22. qui etiam venditori, sibi postea dominium aut hypothecam reservanti, praeferentur. Lyncker. *dec.* 244. Carpz. *l.* 4. *Resp.* 27. IV. Famulos, mercedem petentes, *das Liedlohn*, quo privilegio fruuntur personae domesticae, quae pane et victu debitoris fruuntur *die wesentlich beyaihm in seiner Behausung an seinem Brodte, oder an statt dessen in einem gewissen Kostgelde seyn.* d. Tit. 42. §. *nachst diesen sall.* atque ad hanc classem etiam paedagogi, scribae, cultoresque agrorum pertinent, in convictu dominorum existentes Carpz. *P.* I. t. *C.* 28. *d.* 26. 29. *et* 37. si modo non ratione hujus mercedis a debitore usuras acceperint. Carpz. *d. l. def.* 33. V. Sumptus in funus facti, *d. Tit.* §. *Ferner soll.* VI. Tributa, Collectas, aliasque exactiones publicas, *Schoss, Steuer, und was auf den Gutern zu Bezahlung Kirchen-und Schul-Diener, oder anderer milden Sachen, zu entrichten, als* Decem, item *jahrliches von wiederkaüflichen Haupt-Summen, und dergleichen* Onera realia. VII. Pecunia haereditaria, sive pecunia, quam haeres cohaeredi ex bonis immobilibus haereditariis titulo familiae erciscundae, singulis annis, aliisve solutionis terminis praestat, *das Erbegeld*, d. §. *Ferner.* verb *und dann das Erbegeld.* quo jure praelationis etiam fruitur emptor pecuniae haereditariae, Carpz. *ad d. C.* 28. *def.* 62. non tamen adversus tertium possessorem rei immobilis venditae, Philipp. *ad Dec. El.* 7. *observ.* 4. conf. Mencken. *Disp. de pecunia haereditaria c.* 2. Caeterum qui ordine hactenus exposito, secundum Jus Saxonicum, in prima classe collocantur, non pro rata suas portiones consequuntur, sed juxta privilegii praerogativam, alter alteri praefertur. *Res. gr. d. an.* 1653. 57. gr. tit. *von* Consistarial *Sachen.* gr. 5. Carpz. *ad d. C.* 28. *def.* 12.

† Novissimo jure primam classem occupant hoc ordine: I. Sumptus concursus, quidquid pro inventario conficiendo et aestimatione facienda, cum judici, tum curatori bonorum et litis solvendum, quidquid pendente concursu, ad conservandos colendosque fundos, curam aedium, colligendos fructus, custodienda mobilia impensum, qui sumptus creditoribus, quibus satisfit, pro rata sunt decerpendi. *O. P. S. E. I. et E. Tit.* 42: §. 1. II. Quidquid pecuniarium tempore incursus hostilis ad tributa solvenda, et quidquid frumenti ad colendos agros in magna annonae caritate mutuo datum, cum interesse morae. *d. Tit.* §. 2. III. Impensae funebres pro facultatum modulo, et judice moderandae. *d. Tit.* §. 3. IV. Quidquid ob ultimum morbum medico, chirurgo, apothecario, foeminae quae aegroti curam habuit, et ei, qui alimenta praestitit, debetur. *d. Tit.* §. 4. V. Residua famulorum merces, *denenjenigen Personen, welche wesentich in des* Debitoris *Diensten und an seinem Brodte gewesen, oder an dessen statt ein gewisses Kostgeld bekommen, jedoch weiter nicht, als wegen derer letztern 3. Jahre vor des Schuldners Absterben, oder vor dem entstandenen* Concurse. *d. Tit.* §. 5. VI. Debita, quae fundo oneris realis instar ante inhaeserunt, quum debitor eum compararet, secundum temporis, quo illa in fundo constituta, ordinem. *d. Tit.* §. 6. VII. Residuum pretii, cujus nomine venditor dominium vel hypothecam judicialiter sibi reservavit, in feudis consensu Domini impetrato, in allodialibus bonis, facta super hoc cum negotium confirmaretur, in libro consensuum judiciali annotatione; pecuniae itidem haereditariae, si reservatio dominii aut hypothecae simili modo, judicialiter facta. *d. Tit.* §. 7. VIII. Onera: *Schoss, Steuer, Contribution-Defension-und Milits-Gelder,* nec non, *Decem, Opffer-Pfennige, Wachter-Hins, Erb Zins, Musen-Gelder, Wacht-Geld, Lehn-Waare, und dergleichen, nach iedes Orts Gebrauch und Gewohnheit,* absque temporis discrimine et pro rata, ex iis tamen unice bonis, quibus inhaerent, et ex mobilibus, nec nisi ea, quorum dies intra quinque annos ante motum concursum venit; quibus antiquiora ejusmodi debita, nisi eorum solutio praeceptis jam sit injuncta, aut executio jam petita, illi, quibus colligendi cura injuncta, a se solvi deberi sciant. Reditus annui redimibiles, ut jure reali gaudeant, judiciali consensu opus habent, nec prioritatis commodo ulla ratione fruuntur, nec censuum tribus ante motum concursum annis antiquiorum nomine quidquam debetur. Iis etiam redituum annuorum Dominis, qui judiciali hypotheca nondum gaudent, sexennium ad agendum, aut judicialem hypothecam constituendam est relictum. *d. Tit.* §. 8.

* Idem expresse cautum est *Ord. P. S. t.* 42. §. *ferner.* verb. *was auf des verstorbenen Schuldeners Begrabnis und in seiner Kranckheit, der Artzney halber aufgewendet.* Pertinent ergo ad eamdem classem apud nos etiam Medicorum, Chirurgorum et Pharmacopolarum salaria. Carpz. *P.* 1. *C.* 28. *d.* 43. modo verosimiliter probantur. Id. 16. *def.* 46. Immodicae autem impensae, cum in praejudicium Creditorum sint, hoc privilegio non gaudent, *a. l.* 12. §. 5. *et l.* 14. §. 5. *ff. de religios.* Id. *def.* 42. sicuti nec sumtus in funus uxoris aut liberorum facti. Id. *def.* 40.

** Jure nostro omnes expensae judiciales et in utilitatem concursus factae, *alle diesem* Concurs *zum Besten aufgewandete Unkosten*, in prima classe primo loco collocantur, quo et Curatoris salarium, et reliqua ad conservationem massae necessaria pertinent. Carpz. *dec.* 55. Richt. *de Conc. Cred. c.* 2. *membr.* 2. atque has impensae, si singulis creditoribus satisfieri nequeat, iis, qui suum creditum consequuntur, pro rata detrahuntur, perpetua observantia teste.

percepit; creditores hoc ab eo repetunt, haeres ait, hoc lucrum e sumptu venditionis explicandae causa facto, quod, si actuarius retineret,; creditores petere non possent, quia praefertur illis, et de pretio detrahi solet. *d. l.* 72. Quod igitur is mihi concessit, creditoribus cedere non cogor. Hi contra; jus domini et debitoris, cujus vendita res est, ad nos pertinet. Tu hoc lucrum jure domini cepisti, nec quicquam lucri capere potes nunc creditores dimissos. Recte: ac ita judicatum est, illud commodum creditoribus accepto esse ferendum.

5. Non minus saepe quaesitum est, an salaria procuratorum et advocatorum, * qui circa conflictum creditorum occupati fuerunt, causasque singulorum egerunt, inter sumptus judiciales computanda forent. Diu frequenterque id ita in foro nostro servatum fuisse, constat, sed de jure distinguendum est inter eos qui adhibiti sunt vel testamento insinuando, vel inventario conficiendo, aliisve ad universam haereditatem spectantibus ministeriis, ut haetenus pro judicialibus habeantur salaria, et quae in talia expenduntur, *d.* §. 9. *l. ult. C. de jur. delib.* sed quae pro singulis creditoribus operae sunt praestitae, nullo modo judicialibus in haereditatem impensis sunt accensendae, cum nihil quam accessiones singularum rerum creditarum sint; quatenus debitor, cujus bona distrahuntur, ad impensas in id quod interest tenebatur. Ideo quicunque e creditoribus suum ordine juris consequitur, non modo sortem creditam, sed et advocati sui salaria cum caeteris, quae ipsius intersunt, adipiscitur: creditorum vero postpositorum advocati, nihilo plus e bonis debitoris, quam ipsi domini, petere possunt, ac ita decreto Curiae nostrae, publicato *d.* 15. *Julii* 1638. cautum est, advocatos cum suis salariis non aliter in praelationem, quam ex ordine suorum clientum venturos; quae res minus observata deinceps, vehementer afflixit creditores de pecuniarum consignatarum distributione laborantes, donec tempus et juri et rationi locum facere coepit.

6. Sub impensis autem judicialibus, sportulae similesque Curiarum praestationes haud dubie comprehenduntur, quatenus ipsi Curiae adhuc debeatur, idque non modo respectu eorum, quae post mortem aut fori cessionem debitoris contracta, verum etiam quae ab illo vivo aut in medio versante deberi coeperunt, ut *stylo Curiarum* magis quam *legis* suffragio hactenus servatur: quod beneficium non tribuitur aliis, qui pro debitoribus vivis adhuc in Foro agentibus curiales impensas fecerunt; cum his nulla quam negotiorum gestorum actio congruat, quomodo judicatum in *causa nobilis matronae, adversus creditores Dorotheae ab Idzaerda*, pro qua maritus actricis prorogaverat revisionis magnae impensas, per quam *Dorothea* nobili praedio petita fuerat, *ante ferias Pentecost.* 1680.

7. (b) Sic igitur potior habet regula, cum suis exceptionibus. Secunda est haec regula, inter *creditores hypothecarios PRIVILEGIATI praeferuntur,* ** *non privilegiatis, juxta ordinem lege constitutum.* Is autem ordo quatuor aut quinque articulis absolvitur, quorum tres quatuorve priores sunt singulares, qui singulos creditores in eo genere

(b) *Pos.* 3.

* Apud nos curatoris quidem litis, qui adversus creditores excipit, salarium in prima classe, ut dictum est, collocatur, creditorum autem advocati et procuratores, a suis quisque principalibus sibi satisfieri curant. Nec Privilegium in *Ordin. Proc. Sax.* tit. 42. §. *nachst diesen.* mercedi famulorum tributum, ad advocati debitoris salarium pertinet. d. §. *Darum ist der Advocaten Besoldung anhero nicht zu rechnen.* Carpz. *l.* 4. *Res.* 12. j. Nicol. *Res.* 18. Ziegler. *ad d.* §. verb. *Der Advocaten Besoldung.* p. 244.

** *O. P. S.* t. 43. inter hypothecarios, quibus praeter Jus reale, ex personali privilegio beneficium praelationis competit, † refert. 1. (Uxores ratione dotis, de quo actum fuit superius P. *I. p.* 427. et *P. III. p.* 50. 2.) fiscum. qui in bonis debitoris, post contractum quaesitis, hypothecam cum jure praelationis habet, *d. t.* §. *desgleichen.* Carpz. *P.* 1. *C.* 28. *d.* 103. Id. *l.* 4. *Resp.* 13. 3. (eos, qui ad extruendum reficiendumve aedificium crediderunt. *d. t.* §. *Wann. auch einer.* modo expresse hunc in finem pecunia data fuerit, ac refectionem fuisse necessariam, possit doceri. 4) illos ad emendum praedium aedificiumque pecunias mutuo dederunt, ac de hypotheca sibi prospexerunt. *d. tit.* §. *Also wann.* quod de judiciali accipit Martin. *ad d.* §. *n.* 6. extrajudicialem vero sufficere, praejudicio confirmat Rivin *ad d. Tit. en.* 42. Collocantur autem hujusmodi hypothecarii privilegiati apud nos secundum prioritatem temporis. *d. tit.* §. *Wann. sic.* Carpz. *P.* 1. *C.* 28. *d.* 63. quod si de prioritate non constet, aut eodem tempore constitutae sint hypothecae, primo loco uxorem, ratione dotis, secundo pupillum, tertio fiscum, ac reliquos deinceps omnes eodem ordine collocari, vult *ejusd.* tit. §. 3. *Wenn man aber* Cum vero pupilli in *d. Tit.* 43. non nisi in hoc §. *fin.* fiat mentio, ac ei regulariter simplex tantum hypotheca tacita sine privilegio competat, *l.* 20. *C. de adm. tut.* verba *d.* §. *folgends die Mundlein.* de casu, si forte pupilli ad aedificationem aut reparationem aedium pecuniam crediderint, accipit Carpz. *P.* 1. *C.* 28. *d.* 63. et Ziegler. *ad d. tit.* §. verb. *folgends die Mundlein, p.* 263. videntur tamen ea ad casum, quo res pupillari pecunia comparata fuit, *l.* 7. *ff. qui pot. in pign.* quoque referri posse, si forte ipsam rem vindicare haud expediat. j. Id. Carpz. *l. c. d.* 63. *et d.* 109. Brunn. *d. Conc. Credit.* c. 5. §. 6. Huber. *infra* §. 16. *h. t.*

† Haec Classis II. novissimo jure penitus extincta est, nec uxori ratione dotis, nec fisco ratione contractus initi, nec iis, qui ad aedificationem, reparationem, conservationem, aut coemtionem domus vel fundi pecunias

complectuntur. Primus ordo loquitur pro *Fisco* io esuss *primipilari*, quae mulieri, etiam in dote, cujus praecipua caeteroquin est causa, praefertur, *l. 3. et l. 4. C. de Primip.* ubi ratio redditur, *utilitas publica* privatorum commodis potior, quod tamen haud aliter, contra mulierem, quam excusso penitus marito, ejusque fidejussoribus et nominatis, exercetur. *l. 4. C. In quib. caus. pign. tac.* Quid est autem causa primipilaris? Dicta est a primipilo, qui nostris Romanis primus erat cujusque legionis centurio, sub cujus etiam cura posteriori tempore fuit annona militaris, qua de re vide sis Brissoo. *de V. S.* voce *Primipil.* Fisco igitur primus locus dabetur annonae militaris causa, dissentiente D. Wissenbach. *h. th.* 14. Ad haec Thomasius.

SCHOLIUM.

Imo non dissentit. Quamvis enim initio d. theseos dicat: Extra caussam primipilarem fiscum in actione hypothecaria non esse privilegiatum; *tamen in medio mentem suam explicat his verbis.* dixi, Fiscum extra caussam primipilarem et *pensitationes publicas*, non habere privilegium inter hypothecarios. *Igitur quae ibidem disputat Wissenbachius, spectant* ad posit. 10. hic.

RESPONSIO.

Male cepit, ut opinor, Thomasius dissensum Wissenbachii *a me notatum: quem in hoc innui consistere, quod cum nos principem locum Fisco in causa primipilari vindicemus, ille non nisi tertium Primipilo concedat locum* aperte d. t. th. 14.

N. ADDIT.

Quod male ceperim illum dissensum, non sum in culpa, sed positio Auctoris, quae dissensum illum non locaverat loco debito, ut jam fecit in praelectionibus. Ita enim tum erat scriptum posit. 3. Princeps locus causae primipilari debetur (*si hic additus fuisset dissensus Wissenbachii, tunc omnia se recte habuissent*) cui accenseri videntur tributa, *l. 1. C. si propt. pub. pensit.* ubi Peres. Dissent. D. Wissenb. *ad. h. t. th.* 14. *quis hic non intelligeret Auctorem, quod Wissenbachius dissentiat quoad tributa?*

Quod autem de pensitationibus publicis addit *Thomasius*, id nos quoque *pos.* 3. secuti Wissenbachium, qui Interpp. alios sequitur, collocavimus, ut facile tamen patiar aliquem expondere verba *l. 1. C. Si propt. publ. pens.* quae sunt haec: *Venditionem ob tributorum cessationem factam revocari non oportet, neque priore domino pretium offerente, neque creditore ejus jura hypothecae sive pignoris praetendente, prior enim est causa tributorum, quibus priore loco omnia bona cessantis obligata sunt.* Hinc dicendum videtur, Fiscum in tributis praeferri creditoribus hypothecariis communibus, etiam venditori respectu rei venditae, in qua ob pretium non solutum retinuit hypothecam, per verba *priore domino*, nisi haec ad dominum cessatorem tributi referenda sint, ut Brunnem. ad *d. l.* 1. Sed ut mulieri in dote, quam lex enixe cunctis creditoribus, etiam Fisco praetulit in *l. ult. h. t.* ut inquam, huic causae Fiscus cum tributis anteferatur, verba vix ferunt, collata maxime cum *d. l. 3. et l. 4. C. de Primip.* in quibus Fisci causa *primipilaris* mulieri nominatim praeponitur; nec enim causam primipilarem eamdem esse cum tributis in genere, dictum est antea. Sed hoc verum est, Fiscum praeferri causae dotali et omnibus aliis, quando jus ejus praerogativa temporis est ante dotem aliaque credita et hypothecas; si hoc modo verba *d. l. prior est causa, quibus priore loco etc.* accipi possint. Fisci obligatio si quando tempore causam dotis praecedit, ei quoque juris et pignoris ratione antevertit. *l. 2. C. de Privil. fisc.* Cum alia debita, licet tempore priora, causam dotis sequantur. Sed eo respectu non modo causa tributorum, sed fiscalis in genere mulieri praeferenda est, quemadmodum ex adverso mulier habens antiquiorem tributis causam, Fisco praeferenda foret. *d. l.* 2. Quod si verba *d. l.* 1. non de priore loco ratione temporis, sed de privilegio juris accipienda sint, ut plerumque intelligunt, tributorum causa proximo post mulierem loco subjicienda fuerit. Verum Interpp. causam primipilarem et tributorum confundunt, etiam Brunnem. *ad d. l. 1. in fin.* quod a jure Romano alienum esse, ex *supra dictis* palam est. Sub hac cautione de tributis hoc absolvemus.

8. Jus fisci hac parte sine dubio quaestoribus et collectoribus tributorum, qui fisci ministri, ejusque nomine utuntur, adscribi debet, *arg. l. 11. §. 2. de Publican.* junct. *l. 11. C. de Vectigal.* quarum legum in priore textu, quod jus fisci est in vectigalibus, hoc in posteriore dicitur eorum esse, qui a fisco vectigalia conduxerunt. Illa tamen sententia recipit hanc limitationem, *nisi collectores in exigendis tributis et vectigalibus negligentiores fuerint*, cum ipsorum culpa creditorum reliquorum praejudicio cedere nequeat. Hac ratione, apud Supremam

crediderunt, ullum jus praelationis, immo ne quidem jus reale competit, nisi de hoc ipso specialiter in judicio sibi prospexerint, secundum temporis ordinem inter alios hypothecarios collocandi, neglecta omni statutorum huic constitutioni adversantium ordinatione. *O. P. S. E. I. et E. Tit.* 43.

Frisiee Curiam, quando cum ereditoribus quaestores sive oolleotores, adversus ipsos debitores tributurum et vectigalium concurrunt, praefeferuntur equidem, sed pro quatuor tantum mensinm contributiooibus; quod ad census agrestes ettioet; quos, cum siogulis bimostribus spatiis colligero deboant, si duplum temporis illis indulgeatur, id ex veteri styln Curiae, et aequo jure croditorum sufficere visum est.

Non videtur dubitandum, quin Fiscus idem jus babeat in bonis quaestorum et oollectorum, qui publicorum tributorum pensiones, quas acceperant, in Fiscum non detuleruot; datur enim indistinete ratlone tributurum hoo privilegium in *d. l.* 1. et *Fisci* favor respectu administratorum plus habet utilitatis publieae, quam adversus alios debitores, exemplo pupillorum et minorum, qui babent legalem bypothecam in bonis curatorum suorum, quam alioqui noo habent, ut *superius* diotum est, ubi ad Respubl. idem produci, intolleximus. Noo desuot tameo, qui Fiscum edversus ipsos debitores tributorum haberc privilegium; sed in bonis administratorum suorum bae parte simplici dumtaxat hypotheca gaudere volunt, exemplo Reipubl. et minorum, in *l.* 20. *C. de Administr. Tut.* Agitata fuit haec controversia in Curia nostra, referente *Nauta*, ie hujusmodi causa. Cajus pro Titio quaestoro seu collectore tributorum iu pago *Deinum*, solveret Fisco reliqua tributorum, et eessionem juris fiscalis acceperat. Cujus virtute D. Nyssius Senatur, bunorum quaestoris inter creditorca Titii oommisserius, praetulerat Cajum antiquioribus hypothecarils, qui ab ejus sententia appellaverunt Curiam. Quae ita sensit, Nauta teste; Fiscum in bonis sui admioistratoris nibil amplius habere quam hypothecam; ideo priores temporc praetulit, *inter Lolle Jurgons cum soc. appell. et Simon Jelles in qual. appellatum*, *d.* 27. Octobr. 1640. De jure tamen, noo putarem esse recedendum a positionc priori.

9. Quid si magistratus in suis civitatibus et pagis ereaverint quaestores sive collectores tributorum partieuleres, dum ipsi Fisco tenentur; an hi rursus habeot privilegium hypothecarium in bonis suorum particularium quaestorum ante alios creditores? Non habero, judiesvit Curia in causa *Creditorum Pastoris Stonebrinck*, qui nomine filii habuerat quaesturam tributurum pagi *Tzummarum*, contre *Rectores dicti pagi, a Fisco*, qui tameo a Commissario Curiae praelati fuerant *d.* 26. *Octobr.* 1678. De jure noo habent pagi et civitates plus quam hypothecam, nisi oessionem a Fisco habeot, quae in praedicta specie deerat quidem, sed ajebant, ac fisco solvendo, in jus ipsius successisse, *l.* 1. *C. h. t.* qua de re mox erit agendum. Sed verius orat, illos potius solvisse pro se; nam magistratus universitatum, babentes curam in sua ditiooe tribute colligendi per ministros, ad hoc a sese eleotos, teneotur ad Rempubl. suo nomine salvam praostandam, et perioulum ad ipsas pertinet, ut etiam observatur. Ipsi nihil quam jus universitatis in suos ministros habere possunt, idque non adsurgit ultra simpliecm hypothecam, de qua diximus ad *tit. Ex. quib. caus. pign. tac.*

Huie est adfine quaesitum; an quaestor Fisci in suos ministros vel substitutos ab se creatos, jus idem, quod Fiscus, habeat in concursu ereditorum? Fuit celebris ea de ro lis ioter haeredes Viri nobilis *Abbii a Bootsema* quaestoris Frisiae generalis, et ereditores *Abbii Frederici Gabbema*, quo ut seriba usus erat *Bootsema*. Is autem aufugerat, ablatis, ut ferebatur, moltis millibus pecuniae publicae, quam *Bootsema* Reipubl. praestare cogebatur. Commissarius Curiae praetulerat haeredes *Bootsemanos* cum centum millibus et amplius, reliquis creditoribus hypothecariis et Scribae sui, quam seotentiam Curie retractavit, judicavitque τὸν *Bootsema* nihil adversus Scribam babuisse, quam personale jus crediti, *d.* 8. *Jun.* 1641. quod erat verissimum, si nulla cessio a Fisco, vel nulla conventionalis hypotheca constituta fuisset, quam fuisse non liquet. Nam lex nulla quaestoribus dat hypothecam in suos mandatarios, quod enim hi agunt, id ipsi quaestores agere videntur, salva ipsis actionc mandati; proinde cum solvuot Reipubl., solvuot pro se, rursusque pro se a maodatario exigunt, non Fisei oomioe, cui nihil cum soriba substituto, quem ipse quaestor elegit, negotii. Diversa tameo species effecit, ut dein revisione secunda *Bootsemani* denuo superiores evaserint. Sed est genus causarum, in quibus exoticae rationes aliquando nativis praestringunt.

10. (o) Secundus privilegii locus, datur a Justiniano creditori emptae pignorataeque militiae, per textum in *Nov.* 97. *c.* 4. Per militiam autem intelligitur heic locus in schola agentium in rebus, quae fuit apud Caesares posteriores, qui mioisterio publico et extraordinario rerum gerendarum vacabant; et quasi seminarium Reipubl. habebatur, ut ex eorum numero quoque magistratus electi fuisse videantur. Hi interim commoda quaedam et salaria percipiebant, eaque loca fuerunt in commercio, ut etiam legari vendique potuerint, qua de re videre licet Brisson. *de V. S.* voce *Militia.* Dignitates tamen honoresque Reip. non fuerunt, ne quis publicorum

(e) *Pos.* 4.

munerum nundinationes in Jure nostro probari in animum inducat. Qui, ut dixi, credit in militiam, *solus est prior, et huic soli casui cedit mulier*, *d. c.* 4. In quibus verbis haeret eorum ratio; qui Fiscum in causa primipilari tertio post mulierem ordine collocant. Etenim si mulier ei soli, qui credidit in militiam, cedat, oportet ei cedere Fiscum in causa primipili; proinde *d. l.* 3. *et l.* 4. per *d. Nov.* 97. abrogatas censent, ut modo Wissenbachium sentientem induximus. Sed Justinianus non solet tam defunctorie jus vetus abrogare, cum, apparatu verborum id agere solitus; saltem exprimere jus, quod abrogat, oportebat, cum in *d. cap.* 4. nulla primipili mentio fiat. Quae vero ad summam Remp. adeo enixe pertinet causa, lege stabilita, generalibus obiterque labentibus verbis non debet abolita censeri. Non magis quam eadem causa primipilaris abrogata fuit per *l. ult. C. h. t.* ubi mulier in dote praefertur omnibus indistincte creditoribus; ut generalia verba ibi non excludunt Primipilum, ita nec consequentia *d. Nov.* 97. id efficere potest. Maneat igitur Fisco princeps hac parte privilegii locus, sive de ipsius primipili, qui rem militaris annonae administravit, bonis agatur, sive de debitoribus primipili ex eadem annonae causa. Ant. Matth. *disp. de Judic.* 14. *th.* 10. Verum totus iste secundus locus de creditore militiae non habet usum hisce temporibus, quia non habemus id genus militiae, nec faciendum videtur, etsi alicubi munera publica venalia sint, ut sanctionem hanc Justinianeam in favorem eorum, qui ad ejusmodi nundinationes credidere, producamus; nisi lege speciali in quaque Rep. ita constitutum fuerit; a qua re pudor adhuc, credo, detinuit summas potestates, etsi malum illud nundinale publicae verecundiae cancellos jam pridem in multis aulis ac Rebusp. perfregerit. Apud nos certe non valebit hoc privilegium, nec eo quidem casu, quo lex translationem publici muneris pro pecunia permittit, veluti cum quis per annos XX. in functione publica versatus est, per Edictum *d.* 16. *Maii* 1662. quia privilegium hypothecae, legem specialiter expressam, si quidquam aliud, requirit.

11. (d) Tertius ergo locus datur in dotis causa mulieri, ut omnibus, etiam anterioribus hypothecariis creditoribus, seu tacitam sive expressam habeant hypothecam, praeferatur, *l. ult.* §. 1. *C. Qui pot. in pign. Nov.* 97. *c.* 3. nempe, si dos praestita, non si cauta sit dumtaxat. *d. l. ult.* §. 1. *vers. cum enim.* A. Matth. *de Judic. disp.* 14. *th.* 14. Nec huic mulierum privilegio derogatum est per *d. Nov.* 97. *c.* 3. ut Wissenbachius dubitanter affirmat, *th.* 14. *h.* per haec verba, Ἔλθοι δὲ καὶ ἕτεροι δανεισταὶ etc. Mox; *in aliis quidem praevalere creditoribus* (mulierem) *quicunque non talia praetendunt, his autem cedere, quoniam ex eorum substantia res est adquisita*, quibus verbis Caesar mulieri praeferre videtur eos, qui pecuniam ad rem comparandam vel conservandam, sub ejusdem rei pignore crediderunt. Sed aut omnia me falluut, aut decisio pro muliere statim subjicitur tam claris verbis, ut dubitationi locus non relinquatur, in vers. *plurimum igitur et volumus igitur etc.* Caeterum respectu Fisci mulier in dote non est privilegiata, nec ipse respectu mulieris, nisi in causa primipilari, sed ambo judicantur secundum regulam temporis, ut docet Lex 2. *C. de Privil. Fisci*, qua ratione tributa quoque mulieri praeferenda videri, dictum est *superius.* Datur autem hoc privilegium mulieri liberisque ejus, non extraneis haeredibus, liberique prioris matrimonii praeferuntur cum dote suae matris, uxori secundae, quae est noverca ipsorum. *d. l. ult.* vers. *Exceptis C. h. t.* Subjiciam hoc loco observationem non spernendam Thomasii ad *posit. nostr.* 5. *h. t.*

Scholium.

Extranei ergo hic sunt omnes, qui non sunt liberi mulieris. Unde quaeritur, si filiis duobus matri suae haeredibus existentibus, unus postmodum decedat, qui portionem suam bonorum maternorum dotalium in fratrem transferat, an hic filius superstes reliquis creditoribus praeferri debeat, ratione bonorum dotalium omnium matris suae, an saltem ratione portionis dimidiae ex haereditate materna immediate ad se translatae? Posterius affirmat Carpzovius Part. 1. C. 28. d. 98. *idque expeditum esse ait, quoniam privilegium hoc ad extraneos haeredes sive ascendentes sive collaterales, transferri nequeat. Sed mihi prius magis expeditum esse videtur*, quia d. l. ult. §. 1. Cod. h. t. *liberis mulieris plene prospicere voluit, nec distinguit, an filii immediate matri suae succedant, an mediate; itaque etiam ex communi privilegiorum natura, beneficium hoc late est expenendum, praeprimis cum eadem adsit ratio, scilicet favor sanguinis, modo is, a quo filii haereditatem maternam mediate accipiunt, idem jus praelationis habuerit, ut in hoc casu frater filii; nam si ipse nihil habuerit, nihil est quod ad alium transferatur. Nec obstat ratio Carpzovii, quia illa valet saltem de haeredibus extraneis et collateralibus mulieris, non*

(d) *Pos.* 5.

vero de haeredibus collateralibus filiorum, qui non sunt simul extranei respectu matris.

Non valet tamen ultra dotem hoc privilegium, non ad donationem propter nuptias. *d. l. ult.* §. *ult. d. N.* 97. *c.* 3. *in fin.* Multo minus in rebus parapheruis. Sand. 3. t2. 3. Et quia moribus hodiernis pleraque bona sunt parapherna, dotesque rare constituuntur, ut ad *tit. de Jur. dot.* videbimus, minus frequentem hujus privilegii usum esse consequitur, etiam in Frisia; licet enim ibi dotes non penitus obsoleverint, plerumque tamen mulieres nubentes sua bona simpliciter inferunt in societatem conjugalem.

Caeterum, si recte ratiocinati sumus in §. 7. causa tributorum fiscalium, mulier in causa dotis tempore posterior, statim post eam collocari deberet, ante caeteros creditores hypothecarios. Sed quia de tributis absolvimus, huic causae diutius non immorabimur.

12. (e) Quartus igitur privilegii locus datur his, qui sequuntur. Primo, qui credidit ad restitutionem insulae, *l.* 2. *D. Quib. caus. pign. tacit.* secundum ea, quae *ad dict. tit. n.* 8. collocata sunt. Ad istum enim titulum, quid ad effectum hujus hypothecae requiratur, commemoratum est, hic de ordine tantum privilegioque, non de usu vel extensione legalis hypothecae, locus est agendi. Secunda referuntur ad hunc ordinem, quicumque crediderunt ad rem quamvis adquirendam vel conservandam, *sub ejusdem rei pignore speciali. l.* 5. *l.* 6. *et l.* 7. *D. h. t.* Cujus rei haec est ratio, quod ejusmodi creditor salvam fecit pignoris causam, ejusque pecunia factum est, ut creditores hypothecarii in eam rem agere possint, *l.* 6. *in pr. h. t.* quam operam aliis ante ipsum prodesse, durissimum foret. Inde quaesitum est, an is, qui credidit ad solutionem domus jam pridem emptae, et emptori eidemque communi debitori adquisitae, privilegium hujus loci mereatur. Negat Sandius *lib.* 3. *tit.* t2. *defin.* 6. licet enim hic sibi prospexerit de tali hypotheca, quia tamen sua pecunia credenda non effecit, ut res emptori adquireretur, nec adeo praestiterit, ut salva pignoris causa foret, cessat in eo praelationis ratio. Verum quod addit eodem loco Sandius, *id parum abest, quin usum* hujus sententiae frequenter evertat; ait enim, si res vendita sit, *non habita fide de pretio*, creditorem, qui diu post venditionem pecuniam in solutionem rei venditae prorogavit habere privilegium, quia tunc dominium emptori, non nisi post solutionem, praestitum intelligitur, secundum ea, quae a *princ. hujus tit.* dicta sunt. Quoties igitur res immobiles, in quibus harum rerum usus potissimum consistit, fide non habita venduntur, cessat *prior definitio.* At saepe venditionis instrumento inseritur clausula retentionis et *reservati dominii*, donec pretium sit solutum, quibus argumentum fidei non habitae indubitatum continetur; non obstante, quod *Sandius* ait, praestituta pretii solvendi die, quod aeque semper in venditionibus rerum soli exprimitur, fidem habitam censeri; hoc enim procedit, nisi discrte contrarium aliis verbis et pactionibus sit comprehensum, quemadmodum supradictis clausulis fieri manifestum est. Quae res forte an causa fuerit, quod Senatus in sententiam, pro qua Sandius disputat, nihil, ut ipse narrat, definiverit: quin postea simili casu incidente, (frequentes enim sunt) dubitatum non memini in Foro, quin venditor per clausulam reservati Dominii et retentionis, etsi terminis solvendi expressis, id juris retinuisset, quo, qui fidem de pretio non habuere, gaudent.

13. Alia res majorem in hoc tractatu usum habere videtur, et est haec; quod valde exacta requiritur probatio, pecuniam vere ad comparandam rem, vel conservandam, pretiumve rei emptae solvendum, conversam fuisse: nam ut soli debitoris in mutui instrumento confessioni plena fides habeatur, nimis periculosum videtur, cum nihil sit notius, quam debitores aere alieno gravatos, conficiendae novae pecuniae causa tales praetextus comminisci, quibus aliis et antiquis creditoribus suum jus auferri, durum, nec ferendum videtur. Exemplum ejusmodi tractatum est in Curia Suprema; Titius Sempronio crediderat duo millia florenorum, quae debitor in solutionem ultimae pensionis suae domus et officinae cerevisiariae conversa fatebatur. Titius nihil aliud probabat, quam in ultimam pensionem, sex diebus postquam ipse pecuniam crediderat, adnumeratos esse venditori mille trecentos florenos, nec aliud quidquam, de quo suam fuisse pecuniam constaret, proferebat. Commissarius dirimendis creditoribus datus, Titium praetulerat cum istis mille trecentis florenis, antiquioribus hypothecis, quasi conversio in solutionem rei venditae sic satis probata fuisset. Sed cum creditores appellassent, sententia retractata est, eo quod nec confessio solius debitoris sufficeret, nec factum illud, solutione post intervallum facta eo modo probatum, amplius quam praesumptionem hominis efficeret, ex qua jus creditorum destrui non posset; facit apposite *l.* 24. *in fin. de Reb. auct. jud. possid.* An ita judic. *in causa N. N. appell.* contra *Gerryt Gollos d.* 28. *Septembr.* t680. Unde liquet, non obstare, quod *ad tit. Quib. caus. pign.*

(e) *Pos.* 6. 7. *et* 8.

tac. diximus; ab eo, qui credidit ad domum reficiendam, non requiri plus, quam ut probet rem oguisse refectionis, atque in instrumento scriptum esse, quod pecunia in refectionem conversa sit. Praeter enim quod ros bene diversae sunt, eadem distioctio refectionis, statim vel post intervallum factae, collocata est, ex *d. l.* 24. *in fin.* ubi privilegio locus est, si pecunia *statim* pervenerit ad privilegiatum, non aequn si id mediate, ao interjecto tempore sit factum.

14. Denique, id ex ipsa thesi satis constat, eos, qui crediderunt ad rem comparandam vel conservandam, oullum habere privilegium inter hypothecarios, nisi jus in eadem re specialis hypothecae pepigerint; nec enim legalis est haec hypotheca, sed conventionalis tantum, et absque speciali hypotheca privilegium non valet, nisi inter creditores parsonales. *l.* 26. *et l.* 34. *D. de reb. auct. jud. poss.* junct. *l.* 7. *C. Qui potior. in pign.* Quemadmodum in Curia quoque nostra judicatum esse, refert Nauta noster, *d.* 15. *Junii* 1637. *in causa D. Johannis Venonis*, contra *Wilke Gerbens.*

15. Inter nos qui ad rem comparandam crediderunt, amant recenseri procuratores et advocati, pro expensis et salariis suis, si obtinere nequeant, ut inter judicialia primo loco ponantur, ut non debere fieri, modo vidimus. Habent *arg. l.* 30. *D. de Procurat.* quae dat procuratori facultatem, ut sibi de judicato satisfieri curet, si dominus litis solvendo non sit. Verum illis verbis non hypotheca, nec privilegium inter, aut ante hypothecarios continetur. Sed quod dicunt, opera sua factum esse, ut judicatum illud obtentum sit, ac ita salvam pignoris causam fecerint, secundum ea, quae modo diximus, non esset de nihilo, si pacti essent hypothecam specialem in subjecta litis cui serviunt; sufficeretque, si mandatu suo talem clausulam inseri curarent, quod *notandum.* Absque illa manifestum est, eos hunc locum occupare non posse, per ea, quae *thesi praec.* exposita sunt; ut nequidem in expensas, in quas adversarius clientis condemnatus est, advocatus victoris praeferatur. Exemplum apud Curiam; *D. J. Buningius* patrocinabatur cuidam Maymano, qui jus pro Deo, ut ajunt, impetraverat: Obtinuerat causam aliquam contra *Heinsios* mercatores, cum expensis. Victi pecuniam solutam ex continenti praecludebant, ex alia debiti liquida causa. Buningius pro expensis et salariis, in pecuniam sua industria quaesitam praeferri volebat, sed cum hypothecam specialem non haberet, nihil obtinuit. *d.* 21. *Martii* 1680. Si quis invitus pauperi datus esset a Curia advocatus, inter judicialia forte recenseri posset: tutius est tamen, addere mandato clausulam hypothecae, quam diximus, specialis.

16. Tertio inter hypothecarios hujus ordinis, numerantur *pupilli* et *minores*, quorum pecunia res est empta, *l.* 7. *in pr. h. t.* nec non ejusdem ordinis censetur is, cujus pecunia servus ab hoste redemptus est, ob jus cum in ipsum hominem aliquo modo, tum in res ejus per consequentiam. Quod ut hodie in his, qui a Barbaris capti atque redempti sunt locum habere queat, ita forte converti possit; ut servi redempti simile jus habeant, in eorum, qui pecunias ad redemptionem promiserunt, neque solverunt, bona: quod eorum nomine mandatoque ab eis, qui tales pecunias, ut fit, scripto, *si servus in patriam redierit*, promissas, representarunt, exerceri possit. Denique, nonnulli ad hunc ordinem quoque referunt fiscum extra causam primipili et tributorum: sed rectius alii Fiscum, ut et pupillos ac minores, inter simplices hypothecarios ponunt, juxta *l. ult. h. t.* nisi quod privilegium inter hypothecarios habeat fiscus in bonis post suum contractum quaesitis, quo sensu liceat accipere *l.* 28. *De jure fisci*, eamque ita conciliare cum *d. l. ult.*

SCHOLIUM.

Sed non licet, propter expressa verba d. l. ult. *et ea, quae habet Wissenb.* ad ff. de jure Fisci, th. 10. *Aliter Struvius procedit in resolut.* ad. h. t. th. 30. *Sed et hujus responsio refelli potest ex Wissenbachio* d. l. *cum quo facio, sententiam* d. l. 28. *opinioni Scaevolae in* d. l. ult. *preferens.*

RESPONSIO.

Hoc est, antinomiam statuit cum Wissenb. nostro, quod nos evitare maluimus, si facultas detur, quae in hac causa non deest. Ait Ulpian. in d. l. 28. potiorem esse Fiscum in re postea adquisita. *Scaevola* in l. ult. in pr. h. t. Sejam esse Fisco praeferendam *etiam in illis rebus, quas debitor tempore prioris obligationis habuit, item in his rebus, quas post priorem* (Sejae) *obligationem adquisivit. Superest adhuc tertium genus rerum post fisci contractum, qui posterior est, adquisitarum, de quibus nihil vetat accipere* d. l. 28. *maxime, si addas* l. 2. C. de Privil. Fisc.

N. AUDIT.

Quasi vero res post fisci contractum adquisitae, non comprehendantur jam a Scaevola sub rebus, quas post priorem Sejae obligationem adquisivit. Adde, quod ex textu Ulpiani non obscure appareat, JCtos ea in re dissensisse, et decisione Imperatoriae constitutionis fuisse opus. Lex. 2. Cod. de privil. fisci. *nihil habet quod jubeat tertium genus hic effingere.*

Maneat igitur Fisci locus in hoc ordine quarto, respectu bonorum, quae debitor ejus post tempus contractus secum initi adquisivit, ut etiam in illis, antiquioribus praeferatur creditoribus. Nam quando prior est tempore, tunc omnibus antevertit privilegiatis, ut probatum *supra* ex *l.* 2. *C. de Privil. fisc.*

17. Postremo sunt, qui ad hunc ordinem quartum referunt dominos directos respectu canonis aut salarii sibi debiti. ex *l.* 15. *h. t.* Sed horum praerogativam ad jus dominii pertinere, *supra* demonstratum est. Habent equidem pro pensionibus praeteritis, quae solutae non sunt, hypothecam, ut similiter dictum est *tit. Ex quib. caus. pign. tac.* sed privilegium exigendi ante alios creditores hypothecarios esse constitutum in illa *l.* 15. probari non potest, ut *th.* 3 diximus. Nec sine lege speciali et expressa, plus juris, inquam, pensionibus emphyteuticis, superficialibus aut solariis est tribuendum, quam dominis respectu pensionum de rebus pleno jure propriis debitarum tribui constat.

DE CONCURSU HYPOTHECARIORUM SIMPLICIUM.

XVIII. Quintum ordinis locum esse pro cunctis hypothecariis, tam tacitis quam expressis, ordine temporis. XIX. Inter eos esse Fiscum. XX. Et pupillos. XXI. Prioritatem temporis etiam ex horis et minutis aestimari. XXII. Aliae de temporis ordine observationes. XXIII. Excipi dumtaxat Pignus Praetorium. XXIV. Tempus etiam generalem hypothecam praeponere speciali, sub certis limitationibus.

18. (f) Sequitur quintus ordo creditorum hypothecariorum, qui non jam privilegio, sed tempore dirimuntur, secundum regulam, *Qui prior est tempore, potior est jure. l.* 2. *l.* 11. *in pr.* et *l.* 12. §. 2. *h. t. l.* 7. et *l.* 8. *C. eod.* Quin ex eadem regula judicandi sunt concurrentes in textibus *supra* citatis. Unde cessante praerogativa causae, nulla dirimendi ratio, quam a tempore peti et applicari potest. *arg. dict. ll.* Pertinent igitur ad quintum hunc ordinem, omnes hypothecarii, tam expressam quam tacitam hypothecam habentes: nec enim usquam his, etsi lege subnixis, jus ante alios exigendi datur, nec ratio plus eis tribuit, quia lex hypothecam statuendo nihil aliud quam conventionis defectum supplet. *arg. l.* 4. *D. in quib. causis pign. tacit.* In foris tamen nostris saepe fit, ut non modo vulgi opinione, sed etiam in actis publicis atque edictis, hypothecae tacitae existimentur vocenturque *privilegiatae*, propter speciem quandam rationi juris praestringentem. Nam hypothecae vulgares, actis publicis insinuatae, sicut apud nos, vel, ut *alibi*, publica forma constitutae sigillove munitae, aut a Scabinis probatae, etsi tempore posteriores, occupant locum priorem; cui incommodo, cum legales hypothecae non sint subjectae, sed hae suum locum sine publica forma vel insinuatione in acta retineant: haec res privilegii speciem, quod non nisi temporis ordini accepto ferendum est, tacitis hypothecis circumdat. Est adhuc alia difficultas, quae ex conflictu tacitae et conventionalis hypothecae oriri potest, maxime ex hypothesi Registrationum, quae apud nos sunt in usu, et de quibus agendi paulo *inferius* occurret locus.

19. (g) Porro inter hos vulgares hypothecarios, referendus est denuo Fiscus, quem locus hic jam tertius a reliquis distinguit. Primus in causa primipilari, atque in tributis, (etsi in hisce tempori plus quam privilegio debeat) ut *superius* demonstratum est. Secundus in rebus post suum contractum quaesitis, ut audivimus. Tertius denique in hanc classem incidens; habet enim fiscus tacitam hypothecam in bonis omnium debitorum suorum, *l.* 46. §. 3. *de Jure fisc. l.* 1. *et l.* 2. *Cod. de priv. fisc.* et dictum est *supra*, *Quib. ex causis pign. tac.* ubi poenas Fisco debitas excepimus, in quibus ut odiosis, non placuit * hypotheca legali praejudicare creditoribus aliis, *l.* 7. *et l.* 37. *de jure fisci.* ne quidem post sententiam, etsi aliter ex vetustis Dd. Neguzantius *M.* 4. *P.* 2. *n.* 115. *in fine* sic enim jus creditorum, fisco praepositum *d. l.* 17. *et l.* 37. penitus eluderetur.

20. (h) Pertinent huc etiam pupilli et minores, non, uti fiscus, in omnibus, sed adversus tutores et curatores suos, *l.* 20. *C. de Adm. tutor.* junct. *l.* 7. *h. t.* ubi contra alius datur privilegium uno tantum casu: si quis res pecunia

(f) *Pos.* 9. *et* 12. (g) *Pos.* 10. (h) *Pos.* 11.

* Placuit tamen, ut a nobis supra dictum, nostro Legislatori, *Ord. Proc. Sax. Tit.* 43. §. *Desgleichen ob wohl.* fisco in poenis ex delicto, item multis, tacitam hypothecam ex tempore condemnationis largiri, verb. *von der Zeit an zu rechnen, da einer in die Straffe verfallen, seiner Ordnung nach, unter denen* Hypothecariis conventiren *lassen.* Carpzov. P. 1. C. 28. *def.* 104.

pupilli sit empta, quae confirmat regulam in caeteris casibus, hypothecam sine mentione privilegii dantibus. Denique probavimus ad *tit. In quib. caus. pign. tac.* nullam extare juris auctoritatem, qua nativitatem hujus hypothecae certam ante Constantinum in *d. l.* 20. statuamus; privilegium tamen pupillos et minores adversus tutores et curatores suos antehac habuisse, constat ex *l. dabimusque* 19. *de Reb. auctor. jud. possid.* sed inter personales creditores dumtaxat: unde liquet responsio ad argumentum, quo probatum est alias, pupillos et minores esse privilegiatos inter hypothecarios, quod erat hujusmodi. Qui habet hypothecam et privilegium, is inter hypothecarios est privilegiatus; sed pupilli et minores habent hypothecam, *d. l.* 20. et privilegium, *d. l.* 19. §. 1. Ergo inter hypothecarios sunt privilegiati. Negatur propositio, vel limitatur, *nisi alio respectu hypotheca et alio respectu privilegium sit datum*, quemadmodum heic accidisse, demonstratum est: Proinde cum fisco et pupillis, inquam, omnes hypothecarii creditores aequo jure, salvo temporis ordine, concurrunt, *l.* 2. *l.* 11. *etc.* nec aliud ad commodum prioritatis, quam ipsa pignoris aut hypothecae constitutio privatim facta requiritur; etsi hodie quibusdam locis ordo temporis non tribuat praelationem in hypothecis immobilium rerum, nisi a Superiore sint confirmatae, ut monet Thomas. ad *posit.* 19. *h. t. ex Const. Elect.* 23. *part.* 2. et Struv. *ad h. tit. th.* 26.

21. (i) Cum autem temporis praerogativa naturaliter horis etiam et *minutis* aestimetur, non est quod diversam a juris civilis auctoribus rationem exspectemus, re ipsa inprimis suffragante: nam quia jus hypothecae constitutum afficit rem eique inhaeret, non potest hic character impressus, ab alio superveniente deleri, vel superari, proinde non aliter usus in foro notissimus servat, teste Sandio *lib.* 3. *tit.* 12. *def.* 16. *a pri versu: Illud hoc loco.* Gail. 2. *obs.* 25. quo pertinet, quod memini quaesitum de hypothecis duabus, Registrationi sive Insinuationi, quae juxta regulam temporis aeque regitur, simul oblatis; cum ambo creditores secretarium judicis ingressi essent, ac unus prior obligationem suam ostentasset, alter prius a tergo ejus proclamasset, se offerre hypothecam actis insinuandam, uter praecederet; nec in ex cedra consultorie dubitatum, quin prior esset, qui primus ediderat vocem, non qui primus extulerat manum, etsi voce mox subsecuta. Sed molestus est huic sententiae liquidissimae textus in *l. si fundus.* 16. §. *si duo.* 8. *de pign. et hypoth.* quae post Cujac. et Hotoman. exactissimi virum judicii A. Matthaeum in diversum abripuit, *disput. de judiciis* 14. *th.* 25. Qui jungi vult. *huic l.* 16. *legem Si duas* 6. *pr. De Excusat.* Quod ad priorem textum attinet, nolumus actum agere post Wissenb. ad *hunc. tit. th.* 4. tamen et *inferius* de illa dabitur occasio; heic saltem repetemus, quod ad *pos.* 13. collocavimus; verba *d. l.* 16. §. 8. *eodem die*, non pertinere ad quaestionem de concursu creditorum, sed de jure agendi in solidum contra tertium pignoris possessorem, quod primo venienti creditori comparatum est, et de quo nos *infra n.* 33. Quin plane haec verba, *pariter et eodem die*, sumi illic promiscue, non animadverto, cum potius contrarium exprimatur. Sed in *d. l.* 6. *in pr.* duae creationes tutorum una quidem die, pro simultaneis haberi videntur: verum hoc ideo, quod ordo earum non apparebat, ideoque nihil aliud statui poterat: idque etiam de hypothecis duabus, una die scriptis, si de horis non constet, existimandum.

22. (k) Caeterum, tempus hypothecae, quo praerogativa judicatur, non refertur ad contractum, cujus accessio est hypotheca, sed ipsius pignoris constitutio spectatur: nam si tu mihi des mutuo mille sestertia simplici chirographo contentus, alius mihi post triduum tantumdem sub hypotheca crediderit, tuque deinceps pro chirographo acceperis a me obligationem hypothecariam, in cujus instrumento narratum est, pecuniam tot diebus antea numeratam fuisse, tamen alter te praecedit, quia verum est, eum jus pignoris ante te accepisse, *l.* 11. *pr. et* §. 2. *h. t.* nisi chirographum hac lege datum sit, ut quam primum in hypothecarium instrumentum converteretur: nam pignorationis tempus non a traditione, vel e scriptura, sed a conventione pendet, *l.* 4. *de Pign. l.* 1. *h. t.* nec interest, utrum pure pignus mihi obligatum sit, an ex certo die, vel sub conditione; utroque casu praeferendus sum ei, cui postea idem pure datum est, licet ante diem vel conditionem existentem. A. Matthae. *disp. de Jud.* 14. *th.* 26. Diversum est, *pergit idem*, si convenerit, ut res sit hypothecae, *si debitor pecuniam acceperit*; nam si mox ab alio pecuniam sub pignore paratam nactus sit, idemque a priore pecuniam promissam abstulerit, posterior tamen prior erit. *l.* 1. §. 1. *l.* 11. *pr. D. Qui pot. in pign.* (1)

(i) *Pos.* 13. (k) *Pos.* 14. et 15.

(1) *Confer de hac quaestione Josephi Averanii* interpret. jur. lib. 3. cap. 9.

SCHOLIUM.

Sed dixerat tamen Auctor antea, priorem, etiamsi sub conditione acceperit pignus, tamen posteriori, qui pure accepit, praeferri. An ergo dicemus, casum l. 11. in princ. *continere exceptionem a regula? An potius distinguemus, utrum pignus sub conditione constituatur, an debito conditionali accedat pignus purum? Ita ut priori casu tempus conditionis existentis demum consideretur*, arg. d. l. 11. *posteriori casu tempus pignoris dati, per* l. 2. C. h. t. *Sed haec responsio repugnat menti Auctoris*, in d. posit. 12. *Ergo mallem*, ut ibidem *textum adduxisset probantem, creditorem, cui sub conditione pignus datum erat, praeferri reliquis ex tempore promissionis.*

RESPONSIO.

Sic etiam, ut ego, locutus est D. Matthaeus; qui tamen nihil explicationis addit, sed textus citat. l. 9. l. 11. et l. 12. §. 2. h. t. *Ex quibus ita videtur, si contractus sit initus sub conditione, vel in diem sub hypotheca, vel huic ipsi dies aut conditio adjiciatur, conditione dein existente, vel die veniente, perinde haberi pignus, ac si ab initio pure constitutum esset, ut ait* d. l. 11. §. 2. *Hoc non est ita in conditione*, si pecuniam numeraverit. *Ratio redditur* in d. l. 11. fin. pr. ubi: Poterat enim, licet antea convenerat, non accipere ab eo pecuniam: *sed hoc etiam de aliis conditionibus verum est, illas potuisse non existere. Dixerim potius, hanc esse differentiae rationem. Conditionalis hypotheca valet inde ab initio, quia cum existit conditio, retrotrahitur: sed conditio distincta fuit ac esse debet ab obligatione; alioqui non potest ad initium retrahi. At haec conditio mutui*, si pecuniam numeravit, *a substantia mutui non est separata, neque praeter se quidquam relinquit, nec habet, quo retrahi possit. Est τῶν μὴ ὄντων, ex non Entibus, mutuum sub conditione*, si numeravit, *imo et ante numerationem mutuum NON ENS est, nullam producens actionem aut exceptionem.* l. 30. de Reb. Cred. *Ergo pignus hoc casu non nisi post conditionem existentem potest nasci.*

N. ADDIT.

Si Scholia scripsissem ad tractatum Matthaei, idem notassem. Sufficit, Auctorem obscure esse locutum, et adeo ejus mentem declaratione indigere. Utrum vero responsione hac satis prolixa, mens ejus sit clarius proposita, quam antea, Lector judicet. Mihi nunc res breviter videtur ita esse proponenda. Regulariter pignus conditionale etiam praefertur reliquis, modo jam contractus aliquis subsit, cui pignus possit accedere, qui in conditione, si pecuniam numeraverit, nondum aderat.

23. (l) Praeterea, non in pignore tantum conventionali valet haec regula, sed etiam in judiciali, quod executionis causa capitur. *l.* 10. *h. t. l.* 19. et *l.* 61. *de Re Judicat. l.* 1. *C. Si in caus. jud. pign. capt. sit.* At hujus pignoris usum hodiernum esse rariorem, qui novit executionem per modum pignorationis vix unquam committi, ut *ad tit. de Re judic.* videbimus, ignorare non potest. Sed in pignore praetorio non placuit jure civili temporis ordinem servari, scilicet ut qui primus in bona communis debitoris missionem, ac ita pignus praetorium impetravit, is ideo ceteris praeferatur. *l.* 12. *de Reb. auct. jud. poss. l. ult. Cod. eod. l.* 148. *de R. J.* Verum ab hac Jurisprudentia discrepare fori rationes in multis locis, constat inde, quod nihil usitatius est, quam ut is, qui per arrestum primus bona debitoris praeclusit, et consequenter sententiam secundum arrestum obtinuit, hoc ipso reliquis creditoribus praeferatur, ut refert Peckius *de Jure sist. cap.* 40. *num.* 8. Gailius etiam simpliciter negat esse discrimen, quod ad ordinem juris hypothecarii inter praetorium et reliquas pignorum species, 2. *obs.* 25. *num.* 3. quod de usu Fori in universum † adfirmat Thomasius ad *Posit.* 17. *h. t.* et Struvius 8. *th.* 29. Verum usus noster juri civili hac parte consentaneus est, nisi quod judices militares in Frisia stabiliti secundum Arrestum et sententiam praelationem tribuunt, ut *alias* dictum.

N. ADDIT.

† *At istud* in universum, *non extat in scholio, et nimis arrogans esset. Per forum indefinite, ut feceram, positum, intelligitur forum patriae, et tacite subintelligitur ubivis* nostrum.

24. (m) Porro tam generalis est regula de tempore, ut etiam in concursu diversarum hypothecarum, conventionalis, legalis, judicialis, generalis, specialis obtineat, tam promiscuo validoque effectu, ut generalis hypotheca tempore prior, praeferatur alii, qui postea specialem adquisivit, etiam in illa re speciali, licet aliunde forsitan creditori satisfieri possit. *l.* 2. *h. t. l.* 6. *C. eod.* Nam quia generalis complectitur omnes species; jus tempore quaesitum non magis in re certa per specialem, quam in omnibus rebus per generalem hypothecam, minui vel tolli potest. Duplex tamen hujus positionis

(l) *Pos.* 17. (m) *Pos.* 16.

est limitatio. Prima, si posterior acceperit hypothecam specialem in supellectilem, aliasque res necessarii usus, aut affectionis, quae sub hypotheca generali non continentur, *l.* 6. *de Pignor.* qua ratione multi a debitoribus, quorum substantiae fines aero alieno pridem occupati erant, utiles hypothecas pepigerunt. Secunda limitatio est haec; primus generalis non praefertur secundo speciali in hac ipsa re, *si primus juxta generalem acceperit hypothecam specialem*, in aliam rem, quam quae secundo specialiter est obligata; tunc enim speciale pignus sibi constitutum excutere debet, antequam speciale pignus alterius, vi suae generalis invadere possit. *l.* 2. *C. de Pignor.* Erit, cui mirum videatur, speciale pignus additum generali, restringere jus creditoris minusque tribuere quam ex solo generali licebat: atqui hoc actum inter partes intelligitur, ut creditoris jus generale per adjunctum speciale restringeretur. Simul id observatu non est otiosum; ic speciali pignore, si non sit ex genere privilegiatorum, minimo tantam inesse utilitatem, quanat vulgo existimatur.

EXCEPTIONES A REGULA DE TEMPORE.

XXV. Exceptio 1. *de pignore Praetorio.* 2. *Instrumenti publici. XXVI. Tertia exceptio de venditore in re Vendita. XXVII. Quarta exceptio, si posterior solverit priori. XXVIII. Quinta Juris Frisici, Quando posterior est Registrata. XXIX. Quaestio de concursu notabilis. XXX. Alia, de casu appellationis a tertio Creditore factae contra primum. XXXI. Explicatur in eam rem* L. Claudius. 16. h. t. *XXXII. An possessor rei mobilis pignoratae, et qui habet clausulam Constituti, teneatur regula Temporis.*

25. (n) Sed haec regula de tempore, quemadmodum ad omnes hypothecas, tam ante, quam post pignus constitutum adquisitas pertinet, sic etiam notabiles patitur exceptiones, quarum prima jam commemorata est in pignore praetorio, Secunda quando posterior hypotheca *publico instrumento*, id est apud acta judicii conscripto, vel sigillo publico civitatis ac subscriptione alienjus e judicio juxta scribam publicum munito, continetur. Haec enim praefertur antiquiori, privato instrumento comprehensae, *l.* 11. *C. Qui potior in pign.* qua de re videsis Sandium *lib.* 3. *tit.* 12. *Defin.* 14. Quia tamen jure novissimo ex *Novolla* 73. *cap.* 2. trium testium subscriptione privatum instrumentum, quoad effectum, publicis adaequatur, dicendum videtur, id etiam hac occasione valiturum, quia diserte id ipsum de effectu pignorationis et praelationis cautum est in *d. l.* 11. *in fin. C. h. t.* A. Matthaeus *disp.* 14. *de Judic. th.* 33. addens in *th.* 35. codicibus mercatorum e nonnullis eumdem effectum tribui, quod improbat merito; uti nec recognitio Judicialis instrumentum hoc respectu publicum facit. *d. tit.* 12. *def.* 13. Sed pro publico non habetur haetenus instrumentum privatum, solemniter authenticum factum; etsi enim hoc ad probationis effectum valeat, jus tamen hypothecae, quod ab initio pendet, ex hujusmodi *post facto* non introducitur, ut Sandius monet *d. tit. def.* 13. Moribus hodiernis, suus cuique populo mos est, in hoc genere instrumentorum; unde apud Batavos *Notitia Scabinorum*, apud vicinos instrumenta *sigillata*, id est publico sigillo munita, frequentantur. Apud nos minime quidem abolitum est jus illud publici instrumenti, ut apud Sandium videre licet, sed rarius usitatum, postquam *Registrationes*, de quibus mox agendum, non modo similem effectum obtinuerunt, sed etiam illud subegerunt. *d. tit.* 10. *lib.* 1. *Stat. art. ult.*

26. (o) Tertia de regula temporis exceptio, traditur ab interpretibus, ex ratione juris potius quam textu speciali, in emptione venditione, facta hac lege, ut res vendita tantisper, dum pretium sit solutum, venditori specialiter pignori sit obligata, venditor hujus hypothecae virtute, creditoribus praefertur antiquioribus: scilicet, quando venditor emptori fidem habuit, ut ex pignore dato, si nihil aliud adjectum sit, colligitur; nam si fides habita non sit, jure dominii venditor ordinem creditorum, *ut initio hujus tit.* diximus, antevertit: haec autem exceptio, et jus venditoris, probatur *ex l.* 2. *de Reb. eor. qui sub tut. vel. cur.* junct. *l.* 48. *de Pact. l.* 10. *C. eod. l. ult. C. de pact. int. empt. et vend.* Ant. Matth. *disp.* 14. *de Judic. th.* 31. ubi plures *Auctores.* Atque hoc est jus notissimi usus, quod *reversalium* nostrates appellant, ex eo, quod instrumentum, quo emptor se pretium debere fatetur, *reversalo* dicitur, quasi *reciprocum*, respectu alterius instrumenti, quo venditor rei dominium transfert. Jus autem hoc subnixum est ea ratione, quod hypothecae nexus, in re vendita stabilitur ante dominium translatum, aut saltem eodem temporis momento, ac ita venditor, priores

(n) *Pos.* 19. (o) *Pos.* 18.

emptoris creditores praevenit, qui jus pignoris in rem emptam prius, quam res emptoris est facta, consequi non possunt; proinde semper venditores sunt posteriores, quemadmodum priores essent, si quidem hypothecs proprietatis translationem sequeretur; quod argumento esse debet, ne venditor inde ab initio pignus sibi adsciscere negligat. Et haec ratio legibus firmata, supra dictis ab Herbajo nostro inducitur, *Tract. rer. quotid. c.* 3. cum alioquin haec hypotheca textu sit destituta speciali. Quamvis autem manifestum sit, hanc hypothecam ad emptoris bona pertinere, venditoris commodo, incredibilo tamen est, quam crebro homines etiam non segnes, hoc jure, quod *reversalium* vocant, decipiantur; quando jus hoc per cessiones a venditoribus aere alieno mersis comparant, et mox per venditoris creditores a pretio rei venditae excluduntur, ridiculo errore putantes, jus illud *reversale*, quod omnibus creditoribus praevertere dicitur, aeque ad venditoris, quam ad emptoris spectare creditores. Sed hoc obiter. Dignius observatu est, hanc hypothecae reversalis vim, ultra rem venditam ejusve pretium non extendi, non ad omnia quae eodem instrumento continentur, nec utique ad mercedes et donativa locationis eisdem literis comprehensae, sicut in hoc exemplo apud Curiam definitum est. *Franciscus a Scheltema* vendiderat superficiem praedii rustici cuidam *Nardo*, agrosque domui subjectos in longum tempus pro certa mercede locaverat, cum hypotheca rei venditae, omnibus instrumento contentis subjecta. Emptore bonis lapso, *Scheltema* praelatus est antiquioribus hypothecis cum pretio venditionis: contendebat idem respectu mercedum et donativorum, quae pro usu agrorum stipulatus erat, eo quod omnia in eodem instrumento et ejusdem hypothecae clausula continebantur: sed ratione jam demonstrata, cum respectu locationis nihil quam simplex hypotheca esset adquisita, rejectus est *d.* 27. *Octob.* 1641. in caus. *Francisc. a Scheltema*, contra *Antje Feikes*, Naut. *decis.* 101.

27. (p) Quarta exceptio legibus prodita est, si quando posterior creditor hypothecarius, priori, quod ei debebatur, solverit; hoc enim ipso succedit in locum prioris, etiam, ut videtur, in ejus privilegium, *l.* 1. *C. de his, qui in prior. cred. loc. succed. l.* 22. *C. de Pign. et hypoth. l.* 11. §. *ult.* et *l.* 12. §. 8. *h. t.* atque de his est ultima pars hujus *Rubricae*. Cui juri consentaneum est, posteriorem cogere posse priorem, ut pecuniam accipiat, vel si nolit, oblatam, ut solet, obsignare et deponere potest. *dict. l.* 22. et *l.* 1. *C. h. t.* Non est tamen tanti, ut videtur, haec exceptio, si eventum spectes, momenti, siquidem in summa creditorum ordo non mutatur, quia solvens posterior primi locum occupat, quatenus solvit, non cum suo debito, sed hoc quidem, ut et reliqua, suum ordinem, qui fuit, retinent. Dices, quid igitur in hac re commodi est, in qua solvens nihil lucratur, nec sui proprii crediti respectu adjuvatur? Sciendum, saepe fieri, ut primi creditores de suo securi, cum debitore colludant, sequentibusque creditoribus se transversarios objiciant, ne ad pignorum distractionem pervenire liceat: hoc casu nihil expeditius est sequentibus, aut uni ex illis, quam hypothecario primo solvere suum debitum, quo facto, sine cessione vi legis in ejus locum succedit, modo solvens, inquam, sit hypothecarius. Nam extranei, vel creditores mere personales, hypothecario primo solventes, nihil quam personalem adversus ipsum debitorem actionem consequuntur, in hypothecam aut privilegium primi, non nisi per cessionem consensu factam succedunt. *l.* 21. *C. de Pign. d. l.* 1. *C. de his, qui in prior. cred. locum.*

Idem ille casus exceptus habet usum in tali specie. Diversi creditores habent unum pignus vel hypothecam, nec aliud est in bonis debitoris unde suum consequi possint: in hujus pignoris valore plus est, quam primo creditori debetur; ille tamen non vult pati distractionem pignoris, nihil promptius est, quam ei solvere suum debitum, quo ita posterior Jure prioris venditionem facere queat. Quid si posterior sit inops, ut primo suum repraesentare nequeat, an non potest tamen urgere distractionem pignoris, ut ejus pretio utrique ad concurrentem quantitatem satisfiat? Non cogi anteriorem pati pignoris distractionem, tradit D. Ant. Matthaeus *disp. de Jud.* 14. *th.* 37. ex sententia Ant. Fabri *Decad.* 1. *Error. Pragm. cap.* 4. *n.* 3. *et seqq.* Enimvero de pignore proprie dicto, cui creditor incumbit, vel de hypotheca speciali sub clausula constituti, verum id esse videtur, non cogi illos dimittere possessionem sibi adquisitam, priusquam satisfactum sit; sed de generalibus hypothecis, aut specialibus quarum possessio est penes venditorem, verius esse videtur, quemlibet creditorem hypothecam suam exsequi posse ad distractionem usque, salvo ordinis jure primo creditori, in distributione pecuniae ex hypothecs redactae; nam ut alioqui primus creditor reliquorum jura sistat et impediat, mali res exempli foret, nec malitiis indulgeri juris ratio patitur, ac ita fert usus Fori, ut puto, *passim.*

(p) *Pos.* 20. *et* 21.

Sed pone, dat aliquis debitori mutuam pecuniam, ut primo creditori solvat, cum pacto, quod ipse jus primi creditoris sit habiturus, an hoc ipso praeferetur caeteris? Ita Marcianus in *l.* 12. §. *A. Titio.* 8. *h. t.* ut, si vere pecunia in primi crediti solutionem versa sit, etiam sine cessione, vi pacti cum debitore initi, jus primi creditoris consequatur; modo id exacte probetur, non enim solam debitoris confessionem instrumento comprehensam sufficere ad hunc effectum, *antea* demonstratum est. Continetur haec quoque doctrina in *l.* 16. *vers. plane cum tertius.* et *l.* 10. *h. t. l.* 1. *C. de his, qui in prior. cred. loc. succed. l.* 24. §. *ult. de Reb. auct. jud. possid.* Quanquam tutius et validius est, ab ipso creditore primo accipere cessionem, per quam non hypotheca tantum, et jus temporis, sed et privilegium transferri queat, cum per solutionem debitori factam privilegium certe primi creditoris adquiri non possit, per *l.* 196. *de R. J.*

28. Pro quinta exceptione collocari potest, juris Frisici observatio peculiaris, quod hypotheca conventionalis posterior *registrata*, id est, catalogo publico hypothecarum inserta, temporis ordine priori, etiam publico instrumento, praefertur. Legalibus hypothecis registratio non praejudicat, sed hae suum jus temporis intactum servant. *lib.* 1. *Stat. tit.* 10. *art.* 2. Scilicet, raro apud nos obligationes hypothecariae inde ab initio publice constituuntur, sed privatis instrumentis occultandi aeris alieni gratia consignantur; creditores autem omni tempore habent in potestate, si nomini et facultatibus debitoris sui diffidant, obligationem suam curare catalogo sive codici publico hypothecarum inserendam. Quo autem juris effectum habeat *Registratio*, generalis hypothecae in loco domicilii, specialis in loco rei sitae facienda est, praesente seu *vidente* judicum uno, idque per secretarium Judicii, vel ejus scribam juratum. *d. tit.* 10. *art.* 1. E quibus requisitis, si quid desit, insinuatio nullius momenti est; veluti si non facta sit in vero domicilii loco, vel si praesentia judicis non sit adhibita, sicuti apud Sandium *l.* 3. *tit.* 12. *def.* 15. et saepe deinceps judicatum est, notabiliter in causa creditorum *Luciae a Wissema*, quod expositum est ad *tit. de Judiciis num.* 45. *Part.* 2. *pag.* 238. Salvo eis, qui per negligentiam secretariorum jure suo ceciderint, regressu adversus illos, qua de re, ut et officio secretariorum hac parte, latius in *lib.* 2. *Jurispr. hodiern. cap.* 50. *num.* 51. *et seqq.*

29. Sed hoc loco non potest omitti notabilis et perplexa quaestio, quid juris sit in concursu hypothecae conventionalis tempore primae, non registratae, et legalis tempore sequentis, denique alterius conventionalis posterioris, sed registratae. Species facti sit talis; Titius hypotheca conventionali Sempronio obstrictus, Tutor factus est pupilli, et dein hypothecam dedit Cajo, quam hic registrari curavit, quod Sempronius omiserat. Titio non solvendo mortuo, fit concursus, in quo constat, Sempronium jure temporis praecedere pupillum, et hunc eodem jure temporis vincere Cajum registratum, qui legali hypothecae pupilli, temporis ordinem non aufert. Sed Cajus vi suae registrationis superat Sempronium, hic excludit pupillum, Ergone Cajus quoque pupillum? Per regulam; *Qui vincit vincentem te, multo magis te vincit?* An vero Sempronius audietur? Qui sic ait: Ego pupillum vinco, Pupillus Cajum *registratum*, Ergo et ego Cajum, per eamdem regulam, *Vinco vincentem te, Ergo et Te?* Magis est, ut haec regula non habeat locum, nisi in aequabili successorio, non ubi diversi ordines, ut heic, confliguntur. Ratio vella videtur, ut Pupillus cum sua legali hypotheca secundum locum retineat, nec ei per collisionem reliquorum fiat praejudidium lucri vel damni. Cum vero Sempronius et Cajus seorsim committuntur, statim liquet, Cajum registratum praevalere Sempronio non registrato, ac ita Cajum primo loco, pupillum secundo, Sempronium tertio loco esse collocandum. Tu dices; Caji debitum potest esse majus quam Sempronii, proinde si Cajus tertius primum occupet locum, poterit absorbere pecunias consignatas, ut pupillus nihil, aut non totum consequatur, qui haberet totum, si primus mansisset Sempronius, ob modicum ejus creditum. Sed ex eo, quod diximus, pupillo non praejudicari illorum conflictu, dicendum ita; Cajum auferre pecuniam Sempronio competentem, et si plus ipsi debeatur, hoc post pupillum exacturum; Sempronius plane post Cajum veniet. Quam facilis et frequentis usus haec res sit, apparet: quanquam rei judicatae exemplum meae memoriae non occurrit.

30. Sed haec species illi non dissimilis accidit apud Curiam. Concursus erat creditorum *T. Ston brinkii* pastoris Tzummariensis. Primus in ordine collocatus erat a Commissario Curiae patronus pagi, cujus res *Stonebrinkius* administraverat. Secundus, Vir Ampl. *Matthaeus Idsinga.* Tertio loco, *Catharina Deinema.* Cumque secundus acquiesceret, Tertia contra Pagi praelationem appellando obtinuerat. Appetebat igitur primam pecuniam, sed obstabat *Secundus*; tu non potes, ajebat, ante me, cum ego tibi praelatus sim, nec tu me viceris, vel contra me appellaveris. *Illa*: sum praelata pago, Pagus tibi praefertur, ergo et ego tibi: per supra dictam regulam; *vinco te, quia*

vinco vincentem te. Apparebat duplex hujus quaestionis latus. Primum sic erat; secundus pati debet, ut creditum pagi ante se percipiatur, quia non appellavit a praelatione pagi; nec potest impedire, quominus Tertia praecedat pagum, et fructu victoriae euae potiatur. Tum pagus adhuc manet ante Secundum, quia praelatus ei, nec appellatum est. Alterum latus sic eds picie batur; tertia contra pagum obtinuit, et fecit, ut hic primum locum amiserit, et sibi postposita sit. De jure Secundi non fuit quaestio, nec Tertiae dudum est, ut illum transiliret, quod nec petiit. Amoto igitur page et Tertiae postposito, Secundus fit primus, quia prior est Tertia, et qui ipsum praecedebat Pagus, post tertiam sepositus est. In hanc sententiam utrinque disputabatur; sed cum ad sententias ventum esset dicendas, et jam ex XI. suffragiis quatuor Secundum primo loco, tria suffragia Tertiam secundo anteposuissent, dubiusque litis eventus esset, partes transegerunt, ante ferias *O. S.* 1680. Verum ex collectione praecedentis definitionis nihil rectius videtur, quam ita statuere. Cum appellatio inter primum et tertiam ventilata fuerit, ejus decisionem Secundo non potuisse praejudicare, neque lucrum ipsi, neque damnum inde potuisse augeri: manebat ordine secundus. Tertia vicerat Primum; Auferat igitur ejus pecuniam ad concurrentem sui crediti. Si quando summa Primi major sit quam creditum Tertiae, primus reliquum capiet ante Secundum. Si vero Tertiae plus debeatur quam Primo, reliquum ipse capiet post Secundum: hujus enim jus integrum et intactum manet, quasi appellatio non intervenisset.

31. Cum haec apud Curiam ex ratione et analogia Juris disceptarentur, nemini, quod sciam, erat in memoria lex *Claudius Felix*. 16. *hoc ipso tit.* ubi Paulus speciem fere in in terminis eamdem refert, et dein quaestionem proponit his verbis, *Quaerebatur, utrum tertius creditor*, qui supereverat primum, *Turbonem*, secundum, *superare deberet*; an primo *remoto Turbo Tertium excluderet*. Conclusio haec est; *Sine praejudicio prioris sententiae totum jus alii*, Secundo, *Creditori integrum relinquitur*. in fin. *L. Ita, ut res inter alios judicata, alii neque prosit neque noceat*, dixerat antea. Satis est in sententiam a nobis expositam; sed praemissa vix convenire videntur: negat enim, *Tertium creditorem successisse in ejus locum, quem exclusit*, paulo ante finem, Et in *medio* rursus, *Fuerunt qui dicerent, Tertium creditorem potiorem esse debere; mihi nequaquam hoc justum esse videbatur*. Quod tamen nos in superiori specie fieri debere posuimus. Sed inter facti species Pauli et nostram hoc interest; Paulus agit de actione quam singuli habent inter se, nos de officio judicis, qui omnium concursum regere debet. Ponatur igitur in eodem casu Tertia, quae vicit Primum, non victo Secundo; hunc Secundum possidere pignus. Primus agit contra ipsum; hic Primo cedere debet, nec dicere potest; Tu victus es a Tertia, quare et me sequi debes, *non potest uti exceptione rei inter alios judicatae*, ait Paulus. Pone rursus: Tertia agit adversus Secundum; non obtinebit, neu erit potior, eo quod primum vicerit; *succedit in locum primi*, *quem exclusit*, sine respectu Secundi; huic illud judicatum non nocet. Ergo res manet suo loco. Sed Primo agenti contra Secundum, Tertia vi judicati sui pecuniam auferet. Primo autem non agente, ne res in confusione subsistat: Tertiae potere potest a judice, ut is rem pignoratam distrahat, pecuniamque secundum ordinem distribui curet; atque tum ipsa pecuniam Primi vi sententiae auferet. Secundus locum suum retinebit, ut *superius* dictum, ac ut Paulus in eventu concludit.

32. Videtur adhuc alia dari species exceptionis, proprie locis, cujusmodi pleraque sunt, in quibus obtinet regula, *quod mobilia non habeant sequelam*; ubi de re mobili non datur actio adversus tertium hypothecaria. Proinde quamdiu res mobiles pignoratae sunt apud debitorem ejusve haeredem, nihil in illis obtinet singulare; quatenus vero sunt in manibus tertii, creditor alius, etsi tempore posterior, rem e possessore non potest evocare; quod in iis, inquam, locis, ubi prorsus contra tertium cessat hypothecaria, de quibus antea dictum, non habet dubitandi speciem. Sed ubi jus civile de hypothecaria in res mobiles, ut heic locorum, non est obsoletum, temporis ordinem aeque in illis, ac in rebus soli valere, consentaneum est, secundum *l.* 9. *in pr. l.* 11. §. 2. *et pas. in h. t.* Quamvis autem hoc jus sit liquidum, usus tamen ejus etiam apud nos, perquam rarus est, nec temere creditorem, qui rem mobilem pignori teneat, in concursu creditorum ad eam rem consignandam adigi videas: magis, ut videtur, ob difficultatem res tales indagandi, quam quod juris ratio desit; etsi trapezitae, quorum haec est vita credere sub pignoribus traditis pecunias, sine luitione pignora non restituunt, idque magis ex pacto cum civitatibus, quam via juris ordinaria. Possessio alioqui pignoris non magis ab ordine temporis liberat creditorem posteriorem, quam clausula constituti eximit ab illa regula possessorem rei immobilis. Nam et illa verum jus possessionis tribuit creditori, cujus nomine debitor tunc est in possessione, *l.* 18. *in pr. de Adqu. pos.* ad quem *tit.* ee de re videndum. Sed tamen illa posteriorem

tempore creditorem nullo modo eximere potest a necessitate cedendi re pignorata priori creditori, saltem ex ratione juris civilis, quia nusquam ea vis constituti possessorii prodita legitur, ut det praelationem inter hypothecarios. Apud Nautam tamen nostrum hac de re ἐμφατικῶς in Curia disputatum reperio, in causa *Fedde Wybrants*, contra *pauperum curatores Harlingensium*. Feddius in distributione pecuniarum, e bonis debitoris communis redactarum postpositus; curatores pauperum conveniebat. tanquam possessores rei, quae ipsi cum clausula constituti erat obligata, munitus responsis duorum juris antecessorum, ut Nauta refert; qui moti esse potuerunt *l. ult. C. de Adqu. Poss.* quae omnibus jus possessionis antiquius habentibus, si non possident, vel per alium quemcunque possessio interversa sit, dat condictionem rei, perinde ac si res ipsis erepta fuisset, idque remedium iis, qui constitutum possessorium habent, aeque tribuendum videtur. Sed dicendum est, hoc ita competere, nisi alius possessor, qui rem tenet, docere queat, se habere jus melius; quod efficeret, ut creditor habens constitutum, et ipse rem possidens, si tempore posterior esset, hypothecaria conveniri posset, ut diximus. Non est tamen nihil commodi in ejusmodi constituto, quamdiu non accedit alius, meliori jure praeditus, *ut paulo inferius* occurret *n.* 35.

DE CONCURSU PARIUM ET PERSONALIUM.

XXXIII. Pares tempore, paris esse juris inter se; paulo secus contra tertium. XXXIV. Eum tamen, qui possidet pignus, pari tempore praeferri. XXXV. Etiam qui clausulam Constituti habet. XXXVI. Legalem hypothecam hac parte nihil habere praecipuum ubi ad Edictum Ordd. Fris. d. 22. Febr. 1656. *XXXVII. Creditores defuncti et haeredis non confundi. XXXVIII. XXXIX. XL. De Concursu Personalium.*

33. (q) Regulae, qui prior est tempore, potior est jure, consentaneum est, eos, qui tempore sunt pares, in rem pignoratam paris esse juris, *l.* 20. §. 1. *de Pignorat. act.* *l.* 7. §. 1. *h. t. l.* 10. *de Pign.* et concurrere pro quantitate et proportione debiti. *l.* 16. §. *si duo.* 8. *d. t. de Pignor.* Quod si hoc actum sit, ut singulis in solidum res obligata sit, adversus possessorem ita possunt agere; si minus, unusquisque pro parte sui debiti agit. *d. l.* 16. §. 8. Quid hoc autem, an priore casu in plus quam sibi debetur agent singuli? Non potest fieri: sed hic est sensus, ut in hac specie; putem. Res possessa valet mille ducentis florenis. Creditori primo debentur mille. Secundo bis mille, Quando concurrunt, vel inter se contendunt. Secundus duplo plus ex pignore, quam Primus habebit. Ubi vero seorsim agunt. iterum distinguitur; aut diversis temporibus, licet eadem die pignus acceperunt, vel simul unoque actu. Priore casu, singuli agunt in solidum, non excluso tamen ordine temporis, si alter se priorem fuisse docere queat, ut recte ad hunc locum Accursius. Si vero simul unoque actu pignus acceperint, pro partibus agent, nisi id specialiter actum sit, ut pignus in solidum singulis teneatur. *d. l.* 16. §. 8. *de Pignor.* haec refert ad *num.* 21. *in fin.*

34. Quod si alter suum debitum, vel pignus in solidum consecutus sit, et possideat, an cum altero tempore pari ad communicandum cogi poterit? Non potest, si res in solidum obligata fuerit. *l.* 10. *eod. tit.* Quo pertinet casus in *d. l.* 16. §. 8. implicitus: si contigerit, ut duo creditores eodem tempore pignus separatim acceperint, nec constet, uter prior, tunc idem juris est, ut occupantis melior sit conditio, verum si probari possit, alterum fuisse priorem, nihil est in *d.* §. 8. quod prohibeat, eum qui prior est, adversus posteriorem pignus possidentem. agere hypothecaria, quod iterum confer cum *d. n.* 21.

35. Quod diximus, eum, qui possidet pignus, aliis tempore vel jure paribus, anteferri ex *d. l.* 10. locum etiam habet in his, qui rem pignoratam corpore quidem non detinent, sed per clausulam constituti aliquoties dictam, jus possessionis, adeoque ipsam possessionem adepti sunt, *arg. d. l.* 10. juncta *l.* 18. *de Adquir. poss.* et per ea, quae modo collocata sunt. Nam si constitutum hac parte jus possessionis non praestaret, eadem clausula creditores sequentes impedire non posset, quominus priorem creditorem clausula constituti munitum cogere possent, ut rem pignoratam, eorum, qui jus optimum habent, commodo distrahi pateretur, ut omnes, qui non possident, etsi jure potiores, salvo jure suo, permittere cogi, tralatitium est decerni et observari; dum eos, qui hypothecam constituto possessorio munitam habent, ad hoc, inquam, non cogi, per ea quae diximus, aeque certi juris et observantiae sit. Meaque memoria

(q) *Pos.* 22.

sio in suprema Curia judicatum est, in causa *Poppii Gerbrandi*, contra *Arnoldum Hobbema, d.* 5. *Novomb.* 1680. idque ad libellum supplicem, ut io ro liquida minimeque dubii juris; posteaque non semel in eamdem senteotiam decerni continuatum est.

36. Regula coucursus ex causa paritatis, habet aeque locum in hypothecis tacitis, quam io expressis, quia uusquam differentia, vel praerogativa tacitae tradita legitor. A. Matth. *d. disp.* 14. *th.* 41. Quo loco memoranda est quaestio frequentis, apud nos, usus: ao tacita hypotheca, quae datur ex Edicto Ordinum Frisiae, pro jure domioorum in bona colonorum de mercede biennali, reliquis hypothecis, si tempore non sit prior, anteferatur. Verba edicti, *d.* 22. *Febr.* 1656. *Agrorum domini, quibus biennii merces debetur, praeferontur IN BONA COLONORUM omnibus registratis Creditoribus, salvo eorumdem dominorum jure pro roliquis annis in fructus adhuc in solo haerentes, qui secundum jus scriptum faciunt partem soli, vel ex clausula Constituti, aut registrationo locationis instrumentorum. Salvo etiam jure legalium et privilegiatarum hypothecarum, Fisco, pupillis et Creditoribus ad funeralia competentium, quorum jus illo decreto non minuitur aut mutatur.* Quaeritur, utrum hac lege domini agrorum pares, ao priores hypothecariis communibus facti fuorint, adeoque an fiant privilegiati inter hypothecarios. Mihi sic videtur, eos nihilo plus quam legalem hypothecam adeptos, neo habere hypothecam privilegiatam, adeoquo non praeferri tempore paribus, nedum prioribus expressam tacitamvo hypothecam habentibus. Argumentum est in iis verbis, quibus hypothecis legalibus hoc edicto non praejudicari dicitur. Atqui legales hypothecas simplices, oon esse potiores cooventionalibus, saepe dictum, et certi juris est: uode sequitur, dominos agrorum uoo esse quoque potioros hypothecis communibus expressis, tempore prioribus. Quid est igitur, quod in Edicto *praeferri* dicuntur? *sullen wesen en blyen gopreforeert*, omnibus aliis Creditoribus registratis? Haec verba faciunt, ne *registrationes*, quae alioqui vulgares hypothecarios etiam temporo posteriores praeponunt antiquioribus, dominis agrorum noceant. Praeferuntur creditoribus *registratis* qua talibus, noo quatenus illi legalibus hypothecis postponuntur, hoc est ratione temporis. Non consequuntur agrorum domini plus, quam pupilli aliique legales hypothecarii habeot, ut est in ipso Edicto; cum autem hi pareaot regulae temporis, ut antea demonstratum est, dominos agrorum eidem subjectos esse debero, manifestum est. Quod autem ad vocem *praeferuntur* attinet, hoc quid velit, *supra* judicatum est, omnes enim hypothecarii legales vulgo praelati et privilegiati vocantur, ut in hoo ipso fit Edicto, propterea quod *rogistrationes*, ex quibus apud nos fere pendet ordo creditorum, illis non praejudicant. Dicat aliquis, agrorum domini quomodo per hoc Edictum fiant hypothecarii, cum nullo verbo illis hypotheca detur, sed privilegium tantum? Respondeo, id primo colligi ex eo, quod lex ait, sanctionem suam pertinere ad explicationem *tit. de Registrationo hypothecarum.* II. Ex verbis, praeferentur *IN BONA*; qualis directio in BONA; significat *hypothocam*, ad quae hoo vocabulum specialiter non requiritur, si modo verba immediate ad bona dirigantur. *l. ult. C. quae res pign.* III. Comparatur haec praelatio in bona cum Registrationibus, quae non nisi hypothecis conveniunt. IV. Excipiuntur ab hac constitutione Legales et privilegiatae hupothecae, exceptio autem de regula esso debet. Ex his rationibus si qua sola minus valide videatur, pariter conjunctae nullam recipiunt dubitationem. Non semper Edictorum scribae rationum juris gnaro utuntur stylo, ut plerumque videmus, etiam in hoo Edicto; dum hypothecam in fructus agri Dominis competentem, restringit ad fructus in solo pendentes, cum sioo dubio ad omnes oxtantes, etiam a solo separatos, pertineat, *arg. l.* 7. *In quib. caus. pign. tac.* juncta *l.* 22. *D. do R. V.* licet idem scriba juris peritiam ostentare voluerit, dum vorba *l.* 44. *ff. do R. vind.* per pareothesin Edicto, praeter et contra usum rei, inserenda putavit. Idem ex clausula constituti jus hypothecarium nasci opinatus ost, aeque, ut *supra* vidimus, alieoo a jure sensu. Verum id, do quo agitur, privilegium, solummodo ad praerogativam registrationis amoliendam spectare, docet Edicti praefatio, quae constitutionem hanc ad explicationem *articuli* 2. *do adnotationibus hypothecarum lib.* 1. *tit.* 10. *Statutorum* pertinere, adfirmat; certum igitur esto, dominos agrorum cum ipsa biennii mercede, non praeferri creditoribus hypothecariis tompore prioribus, sive *registratis* sive noo *rogistratis.* Atque haec de concursu quorumvis hypothecariorum, ad presentem titulum sufficiebant.

37. Verum in eodem contextu solet agi de privilegiis inter PERSONALES, quorum alioqui tractatus *ad tit. de Ro Judicata*, cui subjicitur haec observatio, pertinebat. Nos a recepto more non recedemus, sed prius hoc monebimus; quae hactenus de ordine creditorum hypothecariorum exposita sunt, habere locum in creditoribus ejusdem debitoris, non inter creditores defuncti et haeredis; etsi haeres eadem cum defuncto persona, juris et potestatis ejusdem censeatur. *l.* 59. *de R. J.* Sed ut hypotheca

ab aliquo in omnibus suis bouis constituta, non afficit res haerodis ejus, ita neo ordo creditorum defuncti aut haeredis, alterius creditoribus praejudicant; verum posteriores defuncti creditores in res ejusdem defuncti, prioribus haeredis creditoribus, etsi *registratis*, praeferuntur, et creditores haeredis in hujus bona, praecedunt defuncti creditores hypothecarios, etsi antiquiores atque registratos, ut Sandius *lib.* 3. *tit.* 12. *def.* 12. docet. Primo audita ratio juris aliter ferre videbatur, ea quam dixi, de unitate defuncti et haeredis, item quod haeredis creditores sub generali hypotheca res etiam futuras habuerunt, *l. ult. C. quae res pign.* adeoque res quoque haereditarias: unde in concursu cum quibuslibet creditoribus ordo temporis aut registrationis spectandus videbatur. Verum illa potior est ratio, quod hypotheca sit jus in re constitutum, quod semel in bonis defuncti stabilitum a certis creditoribus, deinde ab aliis eximi aut praeoccupari non potest; cui adde quod diximus *ad tit. de Pignor. n.* 6.

38. (r) Quando nulli creditores hypothecarii plane, aut non amplius reperiuntur, creditores personales admittuntur, non immediate in res aut bona debitoris, vel adversus tertium possessorem, sed mediate, actione personali, et occasione rei judicatae; quo sensu de personalium concursu agitur in *l.* 17. *et seq. de Reb. auct. jud. possid.* Ad hos autem regula temporis non pertinet, *l.* 12. *de Reb. auct. jud. possid.* quia per obligationem nullum jus rebus imprimitur; sed persona dumtaxat tenetur ad dandum vel faciendum. *l.* 3. *in pr. de O. et A.* Sunt tamen quidam in hoc ordine privilegiati, quos inter primus omnium Fiscus numeratur a cunctis Interpretibus. D. Ant. Matth. *d. disp.* 14. *de Judic. th.* 46. *et* 50. Sed usum ejus privilegii distinctum ab hypotheca tacita, in citatis ab illo textibus non reperio. *l.* 8. *et l. ult. h. t. l.* 28. *de Jur. Fisc. Tot. tit. C. de Jure Fisci.* Fiscus habet semper hypothecam in bonis debitorum suorum, *l.* 46. §. 3. *de Jur. Fisci.* poenis tantum exceptis; sed in his privilegium habet nullum, *l.* 17. *et l.* 37. *de Jur. Fisc.* ubinam igitur est privilegium ab hypotheca distinctum? Quod si ratione legalis hypothecae Fiscus inter chirographarios privilegiatus sit dicendus, idem in omnibus hypothecariis, qui chirographariis immediate loco praeferuntur, obtineret. Quis igitur sit usus ille personalis privilegii, a jure pignoris, inquam, separatus, ut ponitur, ex illis quidem textibus non liquet. Esse tamen aliquem casum, indicare videtur *Lex.* 10. *in pr. de Pact.* * qualis, si privato successerit, in futurum. *l.* 6. *in pr. de Jur. Fisc.* At hic textus non agit de personalibus, sed de hypothecariis, verbis, *pro anterioribus.* (nam inter personales nullus est anterior) nec privilegium simpliciter dictum, de privilegio inter hypothecarios intelligitur. *l.* 2. *et tit. C. de Privil. Fisc.* Proinde lex 10. *de Pact.* vel de expressa hypotheca sit capienda, vel deinde Fisci personale privilegium per generalem tacitam occupata et absorpta fuit. *d. l.* 46. §. 3. *et toto tit C. de Privil. Fisc.* Idem de pupillis et minoribus, post *l.* 20. *C. de Adm. Tut.* habeo dicere. Nam quod dicuntur esse privilegiati inter personales, ut idem D. Matthaeus aliique omnes, in bonis administratorum suorum recte, habet jure Pandectarum. *l.* 19. *et seq. de Reb. auct. Jud. poss.* Postquam illis hac casu data est hypotheca, privilegium illud, aut saltem usus ejus absorptus videtur. Sed Respubl. creditrix, quae non habet

(r) *Pos.* 23. 24. *et* 25.

* Jure nostro ad quartam classem creditorum † referuntur et privilegio personali fruuntur, 1. (deponentes intuitu depositi voluntarii sive extrajudicialis, a depositario consumpti, *O. P. S. Tit.* 49. §. *nach den Glaubigern.* 2.) alimenta et causae piae, quoties hypotheca ipsis non est concessa. *d. Tit.* §. *alles, was zu milden Sachen* j. Carpz. *P.* 1. *C.* 28. *def.* 152. et Schilt. *ad ff. Ex.* 39. §. 95. 3. (qui sine usuris crediderunt, *d. tit* §. *wenn auch* Carpz. *l. c. d.* 153. 4.) Venditores in residuo pretii, quoties sibi de hypotheca non prospexerunt. *d. tit.* §. *ingleichen* Carpz. *l. c. d.* 154. eodemque privilegio in foro nostro, praeter commemoratos in *Ord. Pr. Sax.* gaudent, 1. (quibus pecunia pro Cambio soluta. Cambio cum protestatione remisso, debetur. Carpz. *dec.* 280. 2.) Sponsa dotem repetens, quam ante nuptias intulit, iis non secutis. *l.* 74. *ff. de jur. dot.* Hartm. Pistor. *Obs.* 111. *n.* 8. 3. (Creditores, qui sub pacto antichretico pecunias crediderunt, quia mutuus usus majorem favorem meretur quam usura. *a. l.* 8. *ff. in quib. caus. pign.* ita pron. *Fac. Jur. Lips. A.* 1703. *M. Novemb.* 4.) mercatores ex libris mercatoriis (*Buchschulden*) agentes. 5. (qui ad emptionem pecuniam dederunt sine hypotheca eo nomine constituta Carpz. *P.* 1. *C.* 28. *d.* 155. *ubi praej.* 6.) Advocati, Procuratores quibus honorariam, praeceptores, quibus minerval debetur. Richt. *de privil. c.* 5. *n.* 9. 7. (qui ad sumptus metatorum, vel 8.) ad redemptionem debitoris pecuniam, *Rantzion-Geld*, dederunt, Carpz. *dec.* 279. Ziegler. *ad Tit.* 49. *Ord. P. S. verb. personale Privilegium gegeben haben. p.* 299.

† Jam vero novissimo etiam haec quarta creditorum in Saxonia classis penitus est expuncta, omnibusque, qui in prima classe locum non inveniunt, nec pignore aut hypotheca expressa gaudent, nec ante motum concursum per executionem et immissionem jus reale adquisiverunt, pro rata absque discrimine solvendum. *O. P. S. E. I. et E. Tit.* 49.

hypothecam in bonis debitorum suorum, omnibus chirographariis creditoribus praefertur, ait *l.* 38. §. 1. *D. eod. tit.* idque de Republ. Antiochensium Coelo-Syriae traditur in. *l.* 37. *eod.* quae dicitur hoc habere privilegium *lege sua*, id est ipsi data. Nam alioqui *Reipublicae causa non separatur a caeteris creditoribus, qui habent personalem actionem*, habetur in *l.* 2. *C. de Jur. Reipubl.* Ex quibus dicendum videtur, Rempubl. non habere privilegium, nisi quod specialiter ei datum, ac ita *d. legem.* 38. §. 1. juncta *l.* 37. esse accipiendam, dissentiente licet post Cujacium D. A. Matthaeo *d. disp.* 14. *th.* 47. ubi citat *d. l.* 2. quae diserte habet contrarium ejus quod ipse ponit. *Lex.* 3. *C. de Jur. Reip. l.* 3. *C. de remiss. pig.* quibus utitur, nihil ad rem faciunt. Sed qui ad aliquid comparandum vel conservandum, sine conventione hypothecae crediderunt, privilegium inter personales a pignore distinctum habent. *l.* 26. *et l.* 34. *d. tit. de Reb. auct. jud. possid.* Idem diserte tribuitur sponsae, quae dotem dedit, nuptiis non secutis. *l.* 74. *de Jur. dot. l.* 17. §. 1. *d. t. de Reb auct. Jud. poss.* Postremi, qui pecuniam apud mensam, fide publica deposuerunt (non qui sub usuris crediderunt, vel postea et usuras acceperunt) post privilegia caeteris personalibus praeferuntur. *l.* 24. §. 2. *d. tit.* Cujusmodi mensas cum his temporibus ita non habeamus, hoc quoque privilegium cessare, manifestum est.

39. (s) Si plures privilegiati concurrant, non est facile dictu, quid sit faciendum, * ait D. Matthaeus *d. disp.* 14. *th.* 52. Fisco tamen dari primum locum, censet ex *l.* 34. *de reb. auct. Jud. possid.* ubi dicitur, eum, qui credidit ad navem emendam, fabricandam, vel instruendam, habere privilegium *post Fiscum.* Atqui privilegium Fisci cum ejus hypotheca, nisi ego fallor, coincidit; itaque ex personalibus privilegiatis primus erit, qui ad rem aliquam comparandam, vel salvandam credidit. *d. l.* 34. *in fin.* Postremus locus datur deponenti, nummis absumptis apud mensam. *d. l.* 24. §. 2. Extantibus nummis, idem per rei vindicationem esset ante privilegia, ut ait Ulpianus in *d. l.* 24. §. 2. *in fin.* Quomodo accipienda videtur *l.* 7. §. 2. *Depositi*, quae, nisi esset ejusdem Ulpiani, contraria *l.* 24. videri posset, etsi Wissenbachius noster nihil in illis videat adversi, ad *tit. ff. Depositi. th.* 17. Hinc sequitur, medium sponsae locum relinqui. *d. l.* 74. *de Jur. dot.* Nam de pupillorum et minorum loco, cum modo sint hypothecarii, nihil hic laborandum; nec adeo de Republ. quae non habet alium privilegii locum, quam lege speciali accepit, nec aliter esse privilegiatam, *modo* probavimus. Ac ita privilegiorum ordo tribus illis in summa comprehensis, non videtur habere difficultatem. Quod enim alii famulos famulasque et operarios illis accensent, aequitate sua non caret, juris auctoritatem non habet; ideoque licet usu quarundam gentium non absurde probatum sit, teste Wesenbecio *parat. D. de Privileg. Credit.* et Gudelino 4. *de Jure Noviss. cap. ult.* apud nos tamen lege destitutum, nisi ex aequitate voluntaria, non observatur.

40. (t) Remotis igitur vel non extantibus privilegiatis, ** quorum sine hypotheca concursus admodum rarus est, personales promiscue, sine causae vel temporis discrimine concurrunt. Sub quibus, inquam, et qui chirographo subscripsere continentur, etiam quos hodie licet appellare *librarios*, sive debitores e codicibus mercatorum atque artificum, *Boekschulden.* Quibus etsi doctores quidam privilegium inter creditores tribuunt, A. Matth. *d. disp. th.* 37. verum tamen est, moribus hodiernis, nil, nisi quod probandi vim habeant, illis, ultra jus civile, quo nihil valent, esse tribuendum, idque nec aliter observatur. Concurrunt, inquam,

(s) *Pos.* 26. (t) *Pos.* 27. *et* 28.

* Secundum observantiam fori Saxonici, omnes personaliter privilegiati, sine discrimine tituli et temporis pro rata concurrunt, fac. *P.* 1. *C. El.* 28. §. *f.* teste Carpz. *P.* 2. *C.* 28. *d.* 140. Berl. *P.* 1. *Concl.* 70. *n.* 26. *seq.* Richter. *de Jure et Priv. Cred.* c. 5. *n.* 9

** De hac ultima classe chirographariorum et creditorum simplicium, † videri potest *Ord. Pr. Sax. tit.* 50. ex qua notari mereur, eos concurrere omnes, *ohne Unterscheid der Zeit*, pro rata. Praeferuntur ipsis autem creditores in quatuor prioribus classibus constituti, sed nostro jure tantum ratione sortis, non ratione usurarum, *O. P. S. d. Tit.* §. *es ist aber. j. supr. P. II. p.* 105. Secus obtinet 1. (quoties petitur interesse morae *Dec. El.* 7. Carpzov. *P.* 1. *C. El.* 28. *def.* 164. 2.) in usuris pretii non soluti pro praedio vendito et tradito. *d. Tit.* 50. §. *Denn wenn.* Carpz. *d. l. d.* 167. Id. *l.* 4. *Resp.* 52. 3. (in annuis reditibus. Carpz. *l. c. d.* 169. 4.) in usuris ex dote illata, nec restituta, quia sunt instar alimentorum. Id. *l. c. dec.* 166. 5. (in usuris, quae debentur piae causae. *Dec. El.* 8. aut 6.) a tutore pupillo, in casu *Dec. El.* 9. 7. (si consensus domini in hypothecam feudalem, ad sortem non fuerit restrictus. *Dec. El.* 10.

† Jura novissimo nota, nisi adsint debita hypotheca judiciali, eaque ad sortem unice non restricta munita, τοῦ interesse morae et usurarum, non nisi post omnium sortes solutas haberi rationem. Exceptio est in Interesse rei judicatae, quod omnibus atque singulis creditoribus, quorum petitio pro liquida declarata est, licet de prioritate aliqua supersit dubitatio, una cum sorte, suo ordine solvendum est. *O. P. S. E. I. et E. Tit.* 50.

promiscue, nisi personalis simplex privilegiato solvat, quo facto, in jus ejus succedit. *l.* 24. §. 3. *de Reb. auct. jud. possid. l.* 3. *de Bon. cess.* Alioqui sic instituunt personales, conferunt quantitatem pecuniae ex bonis debitoris redactae et pro se reliquae, cum suis creditis, positoque calculo, quantum pro singulis aureis sive florenis confici possit, definiunt, atque tum singuli pro numero florenorum sibi debitorum illam summam capiunt; quae ratio cum proportione geometrica, quam heic praescribunt Dd. coincidit. D. Maith. *d. disp. th.* 51. Enimvero si personales creditores sententia, et ex illa pignore judiciali potiti sint, ab eo tempore fiunt hypothecarii, et in re pignorata praeferuntur. *l.* 2. *C. de Praet. pign.* Cujus pignoris usu fere obsoleto, in multis tamen foris, ut dictum, idem jus ex Arresto secutaque sententia, in quibusdam ex sola quoque sententia sequitur, et adquiritur, ut ad *tit. In quib. caus. pign. tac.* observatum est.

TIT. V.

DE DISTRACTIONE PIGNORUM ET HYPOTHECARUM.

I. Summa differentia inter pignus et Hypothecam, quod ad distractionem. II. Forma distrahendi, bona fide, et solemniter. III. Poena Formae non servatae. IV. Effectus distractionis, et quando revocari possit. V. Creditorem de evictione non teneri. VI. Jus novum de venditione pignoris, et jure dominii impetrando, ex l. 3. C. de Jur. dom. imp. *et usus ejus. VII. Quid Juris, si posterior Creditor ordinis errore pignus vendiderit.*

(a) Finis contracti pignoris tam in intentione partium inde ab initio, quam in exitu, sive in executione, desinit in hoc, ut creditor ex pretio pignoris, si alter nequeat, adeoque per distractionem, suum consequatur. Modus autem distrahendi aliter in pignoribus proprie dictis, aliter in hypothecis servabatur. In pignoribus, quae a creditore possidentur, quod juris sit, ex *l.* 3. *C. de Jur. dom. impetr.* exposuimus ad *tit. I. Quib. alien. lic. Part. I. pag.* 176. *n.* 2. Summa differentiae inter pignus, quod a creditore possidetur, et hypothecam, cui debitor aut tertius incumbit, in hoc consistit, quod pignus praevia denunciatione vendi possit, *l.* 4. *C. h. t.* Hypothecam debitori possessam ut vendere liceat, praeses adeundus, et ab illo peti debet, ut res hypothecae obnoxia venalis, sive, ut vulgus ait, *executabilis* declaretur. *l.* 14. *C. eod. tit.* Contra tertium vero possessorem hypothecaria agendum esse, constat satis ex iis, quae ad *primum hujus libri titulum* diximus.

2. (b) Forma distractionis *dicta lege* 3. non abrogata, duobus verbis in *l.* 9. *C. h. t.* praescribitur, *bona fide et solemniter.* Bona fides excludit dolum, *l.* 4. *C. eod.* ne res minoris quam valet, per gratiam vendatur, *l.* 3. *C. Si vend. pign ag.* nec vero dolum abesse sufficit, verum et ea, quae diligens paterfamilias in suis rebus praestare solet, a creditore exiguntur. *l.* 14. *de Pignor. act.* SOLEMNITER, id est, observatis quae in distrahendis pignoribus celebrari consueverunt. *l. pen. C. Si vend. pign. ag.* Proinde, ut videtur, auctione publica, non quidem sub hasta necessario, quod non exprimitur legibus, sed proscriptione saltem publica, *d. l.* 4. *C. h.* ac ita, ut constet, non potuisse pluris vendi, *l.* 22. *in fin. de Pign. act.* quod aliter quam auctionis copia publice facta, constare non potest. Ipse creditor palam aut per alium subornatum si emat, res pro non vendita habetur, *l.* 10. *C. d. tit.* nisi debitor ipse vendere pignus in animum induxerit, *d. l.* 10. vel per judicem fiat distractio. *l.* 2. *C. Si in caus. Jud. pign.* Verum de ordine modoque distrahendi pignoris judicialis, ad *tit de Re Judicata* tractandum superest.

3. Si contra has regulas facta sit venditio, quod quidem actum est non revocatur, sed in creditorem actio in id quod interest datur, *l.* 7. *C. d. t.* qui tamen si non solvendo sit, ipsa res vendita repeti potest, pretio saltem emptori restituto. *l.* 3. *C. Si vend. pign. ag.* Quid si emptor idemque possessor doli particeps fuerit? Hoc casu non modo illum ad rem, sed etiam ad fructus et id quod interest solvendum teneri, docet *l.* 4. *C. eod.* sine pretii mentione restituendi; cujus tamen cum usuria offerendi, meminit *Lex* 1. *eod.* Ita propter formae neglectum. Quod si creditor jus vendendi non habuerit, distractio nulla est, et indistincte res ipsa revocatur, *l.* 2. *C. eod.* quae tamen usucapionem e tali venditione procedere docet: quod ad caput *de Usucapionibus*, et requisitum tituli referendum. Nonne et pretium hoc casu reddendum? Silet *d. Lex.* 2. Sed non est

(a) *Pos.* 1. *et* 2. (b) *Pos.* 2.

dubium, per *d. l.* 1. *cod.* intelleeto semper, debitorem ad plus qoam ipse debeat, emptori restituendum non teneri. *arg. l.* 21. §. *ult. de pignor.* (c) Quemadmodum etiam si plus sit in pretio pignoris quam in debito, id integrom debitori manere, elarum est; ut et ereditori suum jus manere, pro eerto habeodum, quatenus ex pignore distracto minus quam ipsi debeatur, redactum fuerit. *d. l.* 3. *C. de Jur. dom. imp.*

4. (d) Venditionem rite institutam debitor impedire non potest, oisi integra sorte cum osuris oblata. *l. ult. C. Debit. vend. pign. imped. non posse.* Consequenter, venditionis rite factae effectus est, tametsi venditor dominus non sit, plena dominii translatio, *l.* 46. *de A. R. D.* §. 1. *I Quib. alien lic.* Proinde, noo posse debitorem ita factam venditionem revocare, vel rem venditam recuperare, consentaneum est. Excipit Modestious, eum posterior ereditor a priore pignus emit; quia non tam adquireodi dominii, quam servandi pignoris sui eausa pecuniam dedisse videtur, quam proinde si debitor ei obtulerit, oulla est causa retinendi pignus. *l.* 6. *h. t.* Idem erit, si quis pro debitore fidejusserit, et videat bona debitoris jure pignoris, parvo pretio, ut inde ereditori satisfieri nequeat, vendi, sciensque se a creditore de reliquo conventum iri, emit res pignoratas. Cum enim hoc non tam feeerit emendi, quam damni vitandi causa, debitor eum deineeps indemnem praestare paratus, rem reeuperare potest. *l.* 5 §. 1. *eod.*

5. (e) Si pignus venditum dein minime debitoris proprium, sed alieni res dominii reperiatur, creditor, qui jure creditoris vendidit (secus si nomine proprio) de evictione non tenetur, nisi ex promissione, vel ex dolo. *l.* 2. *C. Credit. evict. pign. non praest.* Verum is, cui profuit solutio pretii: debitor scilicet, utili actione empti eooveniri potest, *l.* 12. §. *ult. h. t.* non in omne quod interest, sed ad pretium eum usuris, habita quoque fructuum ratione, reeuperandum. *l.* 74. §. 1. *de Evict.* Creditor tamen actionem pignoratitiam contrariam adversus debitorem, ex eo, quod rem alienam pignori dedit, praestare eogitur, *d. l.* 12. *in fine. l. pen. h. t.* 38. *de Evict.* vel aetionem quoque principalem, si necdum solutio et liberatio facta sit, per *dd. ll. et l.* 59. §. 4. *Mandati.* Quid autem, si emptor rei pignoratae, pretio nondum soluto, rem intelligat alienam esse, vel fideicommisso aliive subjectam oneri, quod actionem ex empto vel evictionis eausa parit, an cogi potest ad pretium, sine cautione indemnitatis, solvendum! Non videtur. Aliud enim est teneri ad emptionem rei alienae implendam, et damnum evitandum; aliud, contra quem regressus, damno inflicto, sit eapiendus. Evitandi damni facultas, re adhuc integra, facilius conceditur, quam regressus adversus eum, qui in qualitate nominis alieni vendidit. Proinde non teneri pignoris emptorem ad pretium prius solvendum, Curiae Supremae visum est, in causa Viri amplissimi *A. H. contra Petrum Schotanum, ante ferias O. S.* 1680. Caeterum est ratio. qua ereditores evictionis periculum in se redundons evitare possunt, si publico programmate moneant omnes, qui jus aliquod in rem venditam pretendere velint, ut hoc in praesenti exerceant, alioqui postea sileant, de quo locus erit ad *sequ. tit.* agendi *n.* 6.

6. Porro, Justinianus venditionem pignoris creditori non concedit. nisi post biennium a denunciatione, vel sententia judiciali. *l.* 3. §. 1. *C. de Jur. dom. imp.* Quod hodie nusquam, opinor, observatur. Utique non ad sententiam quod attinet; ubi enim condemnatio super causa principali nexuque pignoris facta fuerit, cis ordinarium executionis tempus ad distractionem perveniri potest. Quod ad denunciationem attinet extrajudicialem, nihil habemus speciale constitutum; ideoque si quis absque sententia pignus vendere cupiat, quid eum a biennio absolvat, non haboo dicere, tametsi non sit vulgata praxeos; quia vix aliae quam judiciales pignorum venditiones instituuntur. Plane, quod pactis super ordine distractionis et tempore, vel quod *Statuto* placuit, haud dubie servandum; sicut trapezitis apud nos certum temporis spatium, intra quod, etiam sine denunciatione, res pignoratas vendere queant, lege eujusque civitatis praescriptum est, neque pactionum ex *d. l.* 3. §. 1. libertati derogatum legitur. Pignus igitur proprie dictum, cui creditor incumbit, alienari potest eo tempore et ordine, quo convenit; si nihil convenerit, post sententiam, vel intra biennium post denunciationem; quae tamen, ut dixi, vix est in usu; moris et nisi fallor, juris est, ut *si nihil convenerit. res venum auctoritate judicis exponatur, quam creditor licitando publice emat, si velit*, verba sunt Stokmanni, *decis. Brab.* 45. *in fin.* Hypotheca, cujus possessio non est penes ereditorem, si penes tertium sit, per actionem hypothecariam inde avocari debet. Si a debitore possideatur, potest etiam vi pacti occupari et alienari, per *l. pen. C. de Pign. act* ubi, *citra conventionem vel praesidialem jussionem*, quod pactum executivum vocatur, etsi tutius est, praesidialem insuper jussionem adhibere, sic tamen, ut processu sententiaque opus non sit, juxta ea, quae disserit Sandius *lib.* 1. *tit.* 12.

(c) *Pos.* 4. (d) *Pos.* 5. 6. *et* 7. (e) *Pos.* 8. *et* 9.

def. 3. Si vero nihil super distraheado convenerit, seotentia omoino opus est, tam super debito principali, quam addito, rem pignoratam propter eam executioni obooxiam fore, sicut in *hujus capitis initio* dictum est: de vi pacti, ne liceat elienare pignus debitori vel creditori, actum est, quod sufficiat *ad tit. de Pignoribus.* Quod si pignus proscriptum non invaniat emptorem, domioium ejus a Priocipe posse impetrari docet *d. lex.* 3. *C. de jur dom. imp.* sed observantia valde prolixa atque molesta, cujus summam retulimus *ad tit. Inst. Quib. alien. non lic. n.* 2. Heic ea repetere, vel pleoius commemorare non libet, inprimis quia nullius usus esse videtur; nec enim quisquam hodie tantum domioii impetrandi circuitum instituet, cui in promptu est, per judicem facere venditionem, quo casu jure civili quoque creditor ipse, pretio qualicuoque rem comparare, dominiumque irretractabile consequi potest, ut superius demonstratum est. Quid si mos sit alicubi, creditoribus addicere dominium pignoris per judicem, si debitor post trinam citationem contumaciae reus peragatur, valetne consuetudo? Nequaquam, ut recte judicatum refert Stokmaonus *decis.* 95. Et, si quis apud oos ita suum *Intendit* sive libellum adversus contumacem concludat, ooo modo rejicitur, sed et mulctari posse videtur. *arg. l. ult. C. de Pact. pign.*

7. (f) Fit aliquando, ut res pignorete vendatur ab eo, qui non habet jus vendendi, ordinis errore; quaeritur, quo pacto creditori ordioe juris priori, sed executione praevento, consulendum sit. Adversus emptorem sane nulla personalis actio competit, quia nullum obligationis vinculum intercedit; nec utilis hypothecaria datur, si pecunia non extet: ne quidem si dolo fecerit, teoetur furti, aut ad exhibendum, qui jus suum persecutus est, oec rem alteri, qui non possedit, eripuit. Ergo nihil reliquum est, quam ut ipsam rem pignoratam hypothecaria persequatur, ut Papinianus edisserit in *l.* 1. *h. t. et l.* 17. *C. eod.* Verum si pecunia adhuc extet, utilis hypothecaria vi praerogativae temporis dabitur in emptorem; Quin etiam si consumpta sit pecunia, modo creditor protestatus sit, ut probat Sandius 3. 12. 27. *in pr.* Imo etiam adversus creditores, posteriores qui ipsam rem distractam non possident, sed pecunias accepere sub cautione restituendi, *si quis alius meliori jure praeditus deinceps emergat*, etsi non sit protestatus, per ea, quae tradit Sandius *d. defin.* 27. et quae nos diximus ad *tit. de pignor. n.* 14. In quem finem solet peti insertio in ordinem creditorum justo loco, cujus vi posterior proximus, ad nummos restituendos priori condemnatur.

TIT. VI.

QUIBUS MODIS PIGNUS VEL HYPOTHECA SOLVITUR.

I. Sorte soluta, tolli pignus, ubi et solutum fuerit id, pro quo hypotheca non erat data. II. Idem in aliis modis quibus sors ipso jure deberi desinit. III. Idem ubi per exceptionem. IV. De remissione Pignoris expressa. V. De tacita. VI. Casus, quibus sola Creditoris scientia sufficit ad amissionem pignoris, ubi de programmate. VII. De oppignoratione volente Creditore alii facta. VIII. De confusione. IX. De rei interitu. X. De tempore. XI. An juri luendi praescribatur.

(e) Desinit, ut par est, tractatus de *pignoribus*, in modis quibus finitur, qui vel per consequentiam principalis obligationis, vel per et propter se committuntur. Priore figura solvitur pignus et hypotheca vel ipso jure, vel per exceptionem. Ipso jure per solutionem, acceptilationem, novationem, contrarium consensum. Solutioni, de qua *lex.* 6. *h. t. in pr.* aequiparatur oblatio ac consignatio sortis debitae, per *l.* 1. *C. Qui pot. in pign. l.* 9. *C. de Solut.* Debet autem solvi offerrive totum quod debetur, etiam pro quo pignus non fuit obligatum ut novissime constituit Gordianus in *l. un. C. Etiam ob chirograph. pecun.* ubi; *At si in possessione pignoris constitutus fueris, nisi ea quoque pecunia tibi a debitore reddatur, vel offeratur, quae sine pignore debetur, eam restituere propter exceptionem doli mali non cogeris.* Proinde si usura quoque sortis debitae non solvatur, etsi pignus ob eam ooe fuerit obligatum, dubium non est, quin et ob usuram chirographariam ejusdem pecuniae, pignus retineri possit, ex illa Gordiani seotentia. Nam haec juri veteri, quo *soluto eo, propter quod pignus obligatum erat, locum habebat pignoratitia, l.* 11.

(f) *Pos.* 3. (e) *Pos.* 1. *et* 12.

§. 3. *de Pign. act.* perspicue derogavit, etsi aliter Wissenbachio nostro, aliisque ab eo citatis *ad tit. de pign. act. th.* 16. videri, non ignoramus: quorum rationes ulla ratione fretas videre non possumus. Verba Cujacii; *Non est cur potius ob usuras chirographarias denegemus pignoris retentionem, ut probat etiam,* ait, *l.* 4. *C. de Usur.* (quam ego potius ad jus vetus retulerim) *quam ob sortem chirographariam; nam odium usurarum, quod Interpretes isti rei adfingunt, Jure Civili nullum est, lib.* 19. *obs.* 27. ubi tamen rursus ab illa sententia desciscere videtur. Mihi difficile est aliter docere, quam intelligere queam, nec intelligere datur, retentionem pignoris esse licitam propter debitum plane diversum, et non esse licitam propter accessionem ejusdem debiti, pro quo pignus est obligatum. Frustra aliquis objecerit, novum jus non esse derogatorium antiqui per consequentiam, sed quatenus expressum est. Nec enim est consequentia, dicere, eum qui jus dat retinendi pignus ob pecuniam sine pignore debitam, hoc non negare propter usuras sine pignore debitas; cum haec utique pecunia sit optimo jure debita. Brunnemannum miror hoc quaesitum reliquisse intactum *ad. d. l. un.*

2. Porro acceptilatione et novatione solvi pignus, docet *lex* 11. §. 1. *et* 2. *de pign. act.* sub exceptione, nisi convenerit, ut repetatur hypotheca, vel pignus maneat, *d.* §. 1. idque sive novatio fiat per delegationem, *l.* 18. *de Novat.* vel sine illa, *d.* §. 1. secus tamen est in actione vendita. *l.* 8. §. 1. *h.* (b) Contrario consensu obligatione principali sublata, pignoris obligationem, ut accessoriam, pariter tolli, nihilo magis dubium est. *l.* 9. §. 3. *de pign. act. l.* 3. *C. de Luit. pign.* Quid igitur est, quod Gordianus in *l.* 2. *C. de Luit. pign. Intelligere debes*, inquit, *vincula pignoris durare, personali actione submota:* itane infinite oratione? Non proposuisset absolute Tribonianus ex Gordiani rescripto hanc sententiam, quae adversatur certissimo juris principio, nisi speciem, ad quam ea pertinet, praecedentis quæstio legis suggereret. Est autem hæc ejusmodi. Debitori sub pignore, duo haeredes extiterunt; singuli actione personali tenentur pro portionibus haereditariis, actione hypothecaria in solidum, *quatenus possident.* Et ideo si unus solverit pro sua parte, tolletur quidem omni jure actio personalis, hypothecaria non item, ut in *d. l.* 2. Illa ergo non tenetur, haec tenetur, licet extincta principali; cum enim possideat rem a defuncto pignori obligatam, quamdiu illud debitum non est plane solutum, res a defuncto obligata manet hypothecae subjecta, etiam pro parte alterius haeredis. Cujacius 5. *obs.* 32. qui addit, vix aliud inveniri exemplum, quo omni jure summota principali, maneat hypothecaria, quod fit, ait, propter indivisam pignoris causam, quae dicitur in *l. Rem* 65. *de Evict.* tu vide tamen Gothofredum *ad d. l.* 2. neque prorsus exemplum, quo actione principali extincta supersit hypothecaria, deesse videbimus *ad tit. de Usucapion.* quod jam praesumi potest ex *posit.* 8. *et seqq.*, *ad d. tit.* Hisce praedictis consentaneum est, per confusionem et compensationem principalis debiti, pignus et hypothecam pariter et ipso jure extingui, *d. l.* 9. §. 3. *et l.* 11. §. 2. *et seqq. de Pignor. act.* junctis iis, quae *ad tit. Inst. Quib. mod. toll. obl.* exposita dedimus.

3. Secundum haec, quibus modis per exceptionem tollitur obligatio principalis, iisdem pignus per consequens finiri intelligitur. Pacto igitur de non petendo, *l.* 5. *h.* juncta *l.* 17. §. 2. *de Pact.* (1) Jurejurando ab adversa parte delato, et re judicata, *l.* 13. *h. t.* et si qui sunt alii per exceptionem tollendae obligationis modi, de quibus ut heic *alibi* dicta repetantur, nihil ad rem attinet. Quotiescumque enim sors remittitur, pignus quoque et hypothecam remitti necessum est. *l.* 129. §. 1. *de R. J.* Quid autem si remissio sortis sit inutilis? Adhuc remissionem pignoris consistere, traditur in *l.* 1. §. 1. *h. t.* nisi causa inutilitatis ad ipsum quoque pignus pertinest, quomodo accipienda *Lex* 5. *C. de Remiss. pig.* Subjicit Thomasius.

SCHOLIUM.

Ut si minor remiserit sortem, aut creditor alius dolo vel metu inductus sit. Adde Brunnem. ad d. l. 5. *Locum igitur hic habebit regula, Si actus meus non valet, quantum valere volo, valeat in quantum valere potest.*

His convenienter, ubi quis officii ratione semetipsum resque suas obligaverit, officio finito, pignus et Hypotheca similiter finiuntur, secundum ea, quae ad *tit. de Exerc. act. n.* 4. 5. 6. dicta sunt in *Parte II. Praelect. pag.* 429. *seq.* et occurret in hac parte locus *infra* commodior.

(b) *Pos.* 2. *et* 9.

(1) *An per pactum ne debitum petatur hypotheca ipso jure liberetur, an ope exceptionis tantum, merito dubitat* Consule *Clariss. D. Noodt* probab. jur. lib. 4. cap. 10. *item* lib. sing. de pact. et transact. cap. 13.

4. Modi ad ipsum pignus vel hypothecam pertinentes, sunt iidem fere, quos de servitute habuimus ad *tit. Quib. mod. servit. amitt.* Remissio, confusio, rei interitus, et tempus. Remissio, ut illic fuit, heic etiam est expressa vel tacita. Expressae exemplum habes in *l.* 8. §. 1. *h. l.* 23. *C. de Pignor.* Sed est notabile discrimen, quod servitus pro parte indivisa remitti non potest. *l.* 34. *in fin. pr. de S. R. P.* Pignus et hypotheca possunt. *l.* 8. §. 3. *h. t.* Atqui pignus et hypotheca non minus quam servitus indivisam habent causam. *l.* 65. *de Evict.* Videamus igitur, quoad usque pateat effectus convenientia, et differentia. Servitute pro parte remissa, partis tamen alterius domino totus fundus et omnes ejus serviunt partes. *d. l.* 34. Sic etiam quando hypotheca pro parte indivisa remittitur, alter quamlibet rei pignoratae partem hypothecaria petere potest; qui autem remisit suam partem, nihil petendum habet. *d. l.* 8. §. 3. Plane sic etiam qui pro sua parte servitutem remisit, eam ipse, aut haeres ejus exercere nequeunt, ut ex *d. l.* 34. in verbis, *servitutes pro parte retineri placet*, colligitur. In hoc adeo desinit discrimen. Servitutis exercitium, quo alter dominus, qui non remisit, eam retinet, per totum praedium aequaliter diffunditur. Pignoris persecutio, quae in distractionem tendit, non potest operari ultra modum debiti principalis. Proinde cum alter suam partem remisit, pars altera dumtaxat ab eo qui superest peti potest, pars dimidia cujuslibet, inquam, partis, ut est in *d. l.* 8 §. 3.

4. (c) Tacitae remissionis variae sunt species et argumenta. I Qui pignus sibi traditum debitori reddidit, de remittendo jure pignoris pactus videtur. *l.* 3. *de Pact.* non obstante *l.* 9. *C. de Remiss. pig.* ad quam responsum dedimus *tit. de Pact. n.* 3. *sub fin. Part. II. pag.* 142. II. Quando convenit, ut loco pignoris fidejussor daretur, a pignoris obligatione recessum videtur, *l.* 5. §. 2. *h. t.* cum alioquin oblato fidejussore vel alio pignore, non habeat necesse creditor ab hypotheca recedere. *l.* 6. §. 1. *h.* junota *l.* 9. §. 3. *de Pign. act.* III. Per alienationem pignoris consensu crediteris factam, *l.* 4. §. 1. *h.* nisi alienatio effectum non habuerit. *d. l.* 4. §. 2. *l.* 7. *in pr. et l.* 8. §. 6. *D. l.* 4. *et l.* 10. *C. de Remiss. pign.* Scientia creditoris cum res alienaretur, non sufficit, *d. l.* 8. §. 15. *et l. ult. C. d. tit.* cogitavit enim creditor quod res erat, pignus cum onere suo alienari. *l. un. Rem. alien. gerent.*

6. (d) Excepti sunt aliqui casus, quibus scientia sufficit. I. In favorem libertatis, si servus pignori obligatus, sciente creditore, manumissus *l.* 1. *C. de Remiss. pign.* II. Si Fiscus sub hasta rem pignoratam vendiderit. *l.* 8. *C. eod.* III. Si creditores de venditione facienda programmate admoniti, cum essent praesentes, hoc est in eadem provincia, jus suum executi non sint. *l.* 6. *C. eod.* Cujusmodi programmata ingenti usu commendare se videntur, ad evitandum periculum, quod emptores saepissime ab evictionibus hypothecariis experiuntur: quod si programmate, venditionis tempore publicato, possit anteverti, nihil facilius utiliusque videtur. Enimvero non sufficere programmata, quibus venditio facienda proscribitur, qualia apud nos in venditionibus rerum soli perpetuo in usu sunt, verum in hoc illa specialiter esse dirigenda, ut creditores hypothecarii admoneantur, quo veniant, actionemque, si quam habere putent, in hanc rem instituant, docet textus in *d. l.* 6. Mirari liceat, cum haec res sit liquidi juris civilis, in Frisia juris Romani liberalissima, nullum ejus instituti usum, quod mihi quidem unquam auditum sit, frequentari. Alibi tamen (in Hollandia quoque) servatur, impetrata citatione generali, de qua diximus *ad Tit. de in jus voc. n.* 13. *Part. II. pag.* 113. cum hoc effectu, ut creditores intra certum terminum venire cogantur, creditumque suum probent, aut perpetuum sileant, ut docet Gailius *l.* 1. *obs.* 57. *n.* 7. quod alibi *remedium purgationis civilis* appellant, Schachias *de Judic. l.* 1. c. 34. *n.* 17. novissimeque Stockmanous *decis. Brabant.* 115. *et seqq.* ubi duas habet exceptiones; I. Non sufficere generalem citationem per *programma*, in eorum, quorum actio nota est, vel esse potuit, praejudicium qui nominatim citandi fuerint. II. Non praejudicari per tale programma possessoribus, sed his tantum, qui *praetensionem* sine possessione habent. Est alia in eo ipso textu exceptio; si creditores *absint*, hoc est, in diversa sint provincia, ut absentes in jure sumi, constat ex *l. ult. C. de longi temp. praescript.* Usus populorum haec programmata produxit ad quaelibet jura pariendae actioni comparata; velati ad beneficium inventarii, ad fideicommissa, et id genus alia. Sic enim ajunt; *Remedium purgationis civilis ideo comparatum esse, ut tuti reddantur emptores et novi possessores rerum. quas de novo adquirunt, et excludantur, si qui postea agere volent et jus aliquod sibi adserere contra possidentes*, verba Stokmanni *d. Decis.* 115. Si quis apud nos programmatis

(c) *Pos.* 10. *et* 6. (d) *Pos.* 7.

hujus usum, nullo Statuto abrogatum, sibi negari non posse petenti credoret, de quo nihil habeo dicere, Istins tameo, quam ad creditores hypotheoarios in provincia agentes, ex *d. l.* 6. produci non posset.

7. (e) Praeterea scieedum, oppignorationem elii consensu oreditoris factam, ad solvendum pignus, quidquid alii argutentur, sufficere.* Sio enim est in *l.* 12. *in pr. h. t. Paulus respondit, Sempronium antiquiorem creditorem consentiontem, cum debitor eamdem rem tertio creditori obligaret, jus suum pignoris remisisse.* Quin si instrumento, in quo tertio pignus obligabatur, addito, rem nulli alii esse devinctam, subscripserit, suum jus pignoris amittit. *l.* 9. §. 1. *h.* Verum est tamen, non semper oovo creditore dimisso, veterem penitus excludi; sed videndum esse, quid actum sit, *Utrum, ut discedatur ab hypotheca in totum, an ut ordo sorvetur, et prior creditor secundo loco constituatur. l.* 12. §. *si tecum.* 4. *Qui pot. in pign.* Quod si quis in dubio ex consensu oppignorationis alii faciendae praesumendum putet, etsi textus id non ferat, minus tamen repugnem.

8. Haec de remissione juris pignoratitii. Confusio, quam secundo collocavimus loco, praeter eam, qua jus debiti et crediti principalis coincidunt, heic est, quando creditor dominium pignoris adquirit emendo similive titulo, *l.* 9. *in pr. h. t.* ubi duo creditores rem pignoratam ementes praerogativa temporis aut privilegio contra se invicem uti non possunt. Possunt huc etiam referri casus, quibus causa pignoris ad dominium redit, veluti, cum emphyteuta fundum vectigalem pignori dedit, isque non soluto vectigali, ceciderit in commissum. *l.* 31. *do Pign.* Idem erit, si usufructuarius suum jus oppignoraverit, *l.* 8. *in pr. h. t.* eodemque pertinet, si crediter pignus pignori dederit; extincto enim jure creditoris primi, secundum in eo confunditur. *l.* 1. *ot tot. tit. C. Si pign. pignor. dat.* Unde liquet, non esse tam tutos, quam videntur sibi, illos, quia trapezitis (hi frequenter id agunt, quando cunctis pignoribus de suis nummis impares sunt) qui ab iis, inquam, accipiunt pignora apud ipsos deposita, quae custodiant, creduli, non posse malum nomen fieri, cujus pignori incumbunt: si enim trapezita solutione sibi facta foro cedat, alter pignore simul et pecunia sua privatur.

9. (f) Tertio, finitur jus pignoris interitu rei pignoratae, quod res ipsa loquitur, *l.* 8. *in pr. h. t.* quo sane etiam emphyteuseos et usufructus finiti, cum pignori dentur, exempla referri possunt, ut fit in *d. pr. l.* 8. Mutatione rei non finitur pignus; quippe manet hypotheca, licet de domo factus sit hortus aut vinea, *l.* 16. §. 2. *et l.* 29. §. 2. *do Pignor. et hyp.* nisi talis sit mutatio, quae dominii quoque interitum inferat, ut si ex ligno pignori dato, facta sit navis, *l.* 18. §. *pon. do Pign. act.* (2) Multo minus finitur pignus, si res, pro parte sublata sit, quo pertinet, si domus combusta vel destructa fuerit, area quippe tenebitur; est enim pars ejus. *l.* 21. *de Pignor. act.* Proinde si domus a debitore restituta sit, manet in ea pignus, quod fuit, *l. ult. de Pignor.* nec aliter, si tertius bona fide restituat aedificium, salvis ipsi impensis in materiam et mercedes fabrorum factis. *l* 29. §. 2. *eod. tit.* Ratio non est obscura, et alibi tractata; quod jus soli trahit aedificium. *d. l.* 21. *de Pign. act.* Quae ratio cessat in aedificiis alieno solo impositis, cujusmodi olim pleraeque domus apud nos rusticorum. Nam si tales sublatae, et a tertio bonae fidei possessore sint restitutae, jus pignoris extinctum non recuperatur; nec enim partis, sed totius ibi fuit privatio; quia solum, quod non erat ejus qui domum obligaverat, pignori non fuit subjectum, nec ideo restitutum aedificium trahere potuit. Sic memini judicatum esse in tali specie. Agricola pignori obligaverat omnia sua bona, quae consistebant in jure colonario, cum supellectile, pecudibus, et instrumento rei rusticae; jus autem colonarium constabat, proprietate domus impositae fundo domini, et jure conductionis ad longum tempus. Domo combusta, et agricola bonis everso, jus ejus colonarium cum ruderibus et parietinis reliquis venditum erat tertio; qui domum instauraverat, et deinde e creditoribus agricolae conveniebatur hypothecaria. Sed nihil ab his impetratum est, quam ratione tignorum, quae de veteri aedificio novae structurae adhibita fuerant. Verum si debitor idem, cujus fuerat superficies, combustae

(e) *Pos.* 8. (f) *Pos.* 3. 4. *et* 5.

(2) *Confer hic Barth. Chesium* de different. jur. cap. 68.

* Jure Sax. Elect. creditor in ulteriorem oppignorationem consentiens, non jus hypothecae, sed tantum prioritatis, remisisse censetur. *O. P. S. Tit.* 46. *Darum wollen wir.* Carpzov. *P.* 1. *C.* 28. *d.* 131. Hartm. Pistor. *l.* 3. *qu.* 16. j. Mencken. *Contr. Jur. Civ. Disp. VIII. th.* 19. Eodem Jure jus pignoris non creditur expirare, quoties praedium, in quo creditor hypothecam habuit, sub hasta fuit venditum, nam licet tum rem ipsam non amplius afficiat, Carpz. *Resp.* 32. Id. *P.* 1. *C.* 28. *d* 83. ex pretio tamen, secundum praerogativam ordinis et temporis, creditori satisfaciendum est, *Dec. El.* 58. Philipp. *ad eand. obs. unic.*

domus loco novam constituisset, an eo casu creditoribus actio comparata fuisset? Non videbatur, quippe re pignorata non pro parte, sed tota sublata, nec ratione soli, quod alienum fuit, hoc casu concurrente. Verius tamen est, hypothecam duraturam, per *l. ult. de Pign. Si insula combusta est, deinde a debitore restituta, idem in nova insula juris habet* creditor; exemplo servitutum in simili casu. *l.* 20. §. 2. *de Servit. urb.*

10. (g) Denique, tempore finitur jus pignoris et hypothecae, tam si de tempore convenit, *quoadusque pignus duraret;* * quam praescriptione, quae triplex hypothecariae actioni legibus est imposita, longi, longissimi, et supra longissimi temporis. Longi temporis est decem vel viginti annorum, quae datur bonae fidei pignoris possessori, decem inter praesentes, viginti inter absentes, ut in usucapionis materia est. *l.* 1. *et* 2. *C. Si advers. Cred praescr. oppon.* Quod an locum habeat, in credito annui reditus ex fundo, si fundus liber alienatus sit, ignorante creditore, cui pensiones annuatim a venditore sunt solutae, vide disserentem Stokmannum *Decis. Brabant.* 33. Nos eam quaestionem ad titulum de annuis legatis reservamus.

Malae fidei possessor non liberat pignus, nisi praescriptione longissimi temporis, quod est annorum triginta. *l.* 7. *C. de Praescr.* 30. *vel* 40. *ann.* Ipse vero debitor aut ejus haeres, rem pignoratam possidens, *quodraginta* dumtaxat annorum spatio liberatur. *d. l.* 7. §. 1. Ita praescribitur creditoris juri, quod is habet ad pignus persequendum.

11. (h) Quaeritur, an juri luendi pignoris, quod competit debitori, praescribatur. ** Liceat heic mihi respondere, quemadmodum in alio simili quaesito, Vir Doctus ait; *Adfirmatur, contra adfirmantes tamen.* Adfirmare licet, quia nullum est jus, cui non praescribatur, modo requisitum fundamentale praescriptionis omnisque dominii adquisitionis adsit, quod est, *ut possessor animum sibi habendi praeferat.* Etenim quicunque possidet alieno nomine, qua talis, nullum usucapionis aut praescriptionis initium facere potest. *pr. Inst. de Usucap. l.* 2. *C. de Praescript.* 30. *ann.* Hoc quamdiu rem ut pignoratam se possidere non negat creditor, manifestum est, nullum praescribendi initium animo concipi posse. Rursus, si creditor rem pignoratam neget esse talem, et prae se ferat esse suam, ab eo tempore praescriptionem longissimi temporis, quae datur etiam furibus et malae fidei possessoribus, inchoare potest. Ac ita juri luendi pignoris aeque ac aliis juribus praescribi posse, concedimus ac adfirmamus. Altero sensu, quamdiu creditor rem, ut *pignus*, vel non negans esse talem, possidet, communis eaque verissima juris sententia est, creditorem, qui pignus jure tituloque creditoris possidet, a jure luendi pignoris debitorem nullo temporis spatio excludere posse, propter defectum requisiti fundamentalis, quod demonstravimus. Exempli gratia. Fortuita rixa quidam agricola nobili vicino objiciebat, ejus avus non fuisse tanto suis majores, quanto nunc ipse prae se excelleret. *Fundus, quem ego possideo*, inquit, *avi tui meis pignori dare coacti sunt.* Hoc effutitum dedit occasionem nobili isti, inquirendi in rem sibi adhuc ignoratam, ac ita reperit esse factum, ut pro summa pecuniae satis modica, praedium illud rustici avis obligatum traderetur. Si hanc probationem ultro invenisset, nec alter pignoris causam fassus possessione libera 90. et amplius annorum se tuitus esset, frustra fundum repetiisset; quem illa confessione fretus, ut mihi relatum est, oblato debito, recuperavit. Nostra memoria claro principi litem ejusmodi super nobili domanio motam vidimus: nec dubitatum, quin summo jure pignus redimi posset. At mutatis temporibus, homines mutati, juri suo jam moto renunciare maluerunt anno 1672. Inter dissentientes ab hac sententia est Thomasius noster.

SCHOLIUM.

Sed obstant huic Sententiae ea, quae ipse Auctor posuit ad Tit. de Rescind. vendit posit. 12. et quae ibidem notavimus, *unde ad rationes, quos hac thesi recenset, facilis est responsio.*

RESPONSIO.

Respicit ad id, quod in Parte II. pag. 502. *diximus; juri ex pacto de retrovendendo posse praescribi. Sed etiam illic monuimus, esse discrimen inter pactum de retrovendendo, et jus luendi pignoris, hoc inprimis,*

(g) *Pos.* 14. (h) *Pos.* 11.

* Idem etiam apud nos in judicialibus rerum immobilium hypothecis obtinet, quae inprimis, quando clausula cassatoria addita est, elapso tempore, in quod confirmatio judicis impetrata est, exspirant. *Dec. El.* 31. ibique Philipp *Obs. unic.* nisi creditor ante finitum hypothecae tempus actionem eo nomine moveat, et lite pendente id elabatur, aut hypotheca concessa sit usque ad reluitionem domino feudi vel jurisdictionis reservatam, *d. Dec.* vel prorogatio consensu legitime fuerit impetrata. Philipp. *l. c. n.* 11.

** De jure nostra sine dubio negative respondendum est, per *P.* 2. *C. El.* 1. vid. Carpz. *ad eamd. def.* 8 idemque secundum jus commune defendunt Gail. *l.* 2. *Observ.* 18. *n.* 4. Ant. Fab. *C. l.* 8. *tit.* 19. *def.* 18. Franck. *Ex.* 5. *qu.* 6.

quod emptor, qui pacto de retrovendendo tenetur, rem suo nomine, tituloque dominii possideat, quod in pignore secus se habere manifestum est; plura mox in eam rem collocabimus.

N. Addit.

Esse utique differentiam inter pactum de retrovendendo et jus luendi pignoris, quis negaret? Sed an illa differentia tanti sit ut in hac quaestione quid operetur, valde dubito. Sane in contrarium est regula, quam ipse Auctor supra d. tit. de resciod. veodit. *posuit: quod jura, quae immediate ex contractu oriuntur, praescriptioni sint subjecta, adeoque, ut ibi notavimus, non possint referri ad res merae facultatis. At vero luitio pignoris aeque, ac jus rescindendae venditionis, est jus, quod debitor habet ex contractu, nempe mutui et pignoris. Urget quidem Auctor, quod creditor pignus possidens rem possideat nomine alieno, et ad casus quosdam provocat. Sed hic* (I.) *plane mutavit statum controversiae, et aliam sententiam eligit, quam quae ab ipso in positionibus defendebatur. Concedit enim hic, quod luitioni pignoris possit praescribi, postquam creditor rem incipiat possidere ut dominus, et oppignoratum id esse negct. At ibi generaliter negabat quaestionem, ex ea ratione potissimum, quod non prius nascatur actio reluendi pignoris, quam soluta obligatione principali; solvendi autem facultas nullo tempore tollatur. Addideram ergo huic assertioni scholium novum, his verbis:* Sed cur oon? Solutio eoim est debiti praestatio. Debitum vero aon est, si iotra trigiata vel quadragiota anaos Creditor id ooa exegerit, sed per praescriptionem id fuerit sublatum. *Sensit vim objectionis Auctor, adeoque ab assertione priore recessit, eamque hic aliter formavit.* (II.) *Nobis vero id non est omittendum, cum exinde nascatur ratio regerendi, adversus praesentem assertionem Auctoris, quod creditor, quamdiu debitum non sit solutum, pignus possideat ut pignus, i. e. ut rem alienam. Nam postquam triginta anni, in quibus creditor pignus habens debitum suum non repetit, sunt elapsi, et ita actioni mutui est praescriptum, ab illo tempore etiam creditor pignus illud non amplius ut pignus possidet, quia pignus non est, ubi non est mutuum, cui accedat. Quare, etsi rusticus pignoris causam fassus erat in dato casu ab Auctore, non tamen debuisset post 90. annos condemnari. Denique quod res merae facultatis attinet, uti recte Auctor notat, eas non recte describi a Grotio, ita definitio ejus obscurior est Grotiana, et saltem ad defendendam quaestionem effabricata. Quid enim est jus non actu quaesitum, sed semper in potentia? Clarius; res merae facultatis, sunt jura disponendi de persona et rebus suis, quarum intuitu aliis non est jus per pactum legibus conforme quaesitum: ut jus constituendi servituten in re sua, jus recedendi a communione, quae exempla ipse Auctor habet. At vero jura ex contractibus quaesita, vel aliis indulta, non sunt res merae facultatis, sed praescriptioni subjacent, ipso Auctore fatente in loco citato in scholio.*

Nusquam adeo quam in hoc jure debitum luendi, verius est quod vulgo dicitur; *Rebus merae facultatis non praescribi.* Tu dices; Quid sibi volunt Juris magistri cum hac e scholis petita notione toties ingeminata? Res *merae facultatis*, quibus noo praescribitur, ait esse Grotius, *quae non habent quotidianum exercitium, sed semel, ubi commodum erit, ut Luitio pignoris*, inquit, *lib.* 2. *cap.* 4. §. *ult.* Minus pleoe, ut videtur. Quid eoim? Jus vindicandi rem suam a possessore, noa habet quotidiaoum exercitium, sed semel, ubi commodum erit: ergo ei noa praescribitur? Jus repetendi mutuum, non habet exercitium quotidianum, sed ubi commodum erit, semel; et tamen quis illi juri, si totis 30. annis noo sit actum, nec possessor aut debitor se talem expresse vel tacite confessus fuerit, praescribi posse negat? Sic igitur potius; *Res merae facultatis sunt jura, quae non actu quaesita, verum semper in potentia sunt, ut constituantur et adquirantur.* Cujusmodi est jus constituendi servitutem in re sua, jus recedendi a communione, jus solvendi debitum, quod noa est ejusmodi, ut ex aliqua causa adquiratur, uti nec jus, inquam, luendi pignoris, quamdiu pignus esse aon negatur. Unde liquet, cur juri de retrovendendo praescribi queat, ut *ad tit. de Rescind. vend.* probatum est, et quamobrem rationes illic a oobis prolatae ooa repugnent huic positioni; jus eoim retroveodendi perfecte est adquisitum pacto speciali, cui seque ac aliis juribus praescribi potest; maxime, cum, ut dictum, possessor aoimum titulumque dominii prae se ferat. Postremo loco repeti meretur, quod primo collocatum est; creditorem aon possidere cum aaimo sibi habeodi, sed alieno nomine; a tali autem inchoari non posse praescriptiooem *d. l.* 2. *C. de Praescript.* 30. *ann.*

Scholium.

Sed hoc non probatur per d. l. 2. *quae in specie de eo, qui precario rem possidet, et conductore loquitur. In illo enim ratio decisionis est, quod precarium ex hypothesi juris Romani non sit contractus, adeoque*

repetitio ejus spectet ad res merae facultatis. At quod conductorem attinet, loquitur Imperator de eo, qui suam mercedem quotannis solvit, vel certe per triginta annos solvere non cessavit. Hic enim solvendo mercedem satis declarat, se possidere nomine alieno. Unde nescio, an commode lex haec ad commodatarium extendatur, et depositarium, cum Brunnem. ibid. *quamvis id eo casu procedat, si tibi rem ad* 30. *annos commodaverim, vel ad tantum temporis spatium apud te deposuerim. Haetenus enim causam possessionis tibi non poteris mutare.*

Non agit σαφῶς hac parte Scholiastes. Imperatores decidendi rationem his verbis comprehendunt; *cum Lex Constantiniana jubeat ab his possessoribus initium non requiri, qui sibi potius quam alteri possederunt.* Est illud ipsum, quod nos diximus. De Precario quod contractus non sit οὐδεὶς λόγος, *nullum verbum.* Nec de conductore verum est, Impp. loqui de eo, qui mercedem solvere non cessavit. Ait, *conductores non convenit Possessores appellari, qui rem ita tenent, ut ob hoc ipsum solitam debeant praestare mercedem.* Negat iis praescriptionem convenire, quia non negant se esse conductores, et quia pro possessione tenentur ad mercedem, ac ita satis indicant, *se alteri potius quam sibi possidere.* Enimvero coloni, commodatarii; et depositarii, si absque titulo certo, vel diverso titulo, cum animo sibi habendi possederint, dominus, qui totis 30. annis jus suum non exercuit, praescriptione quominus excludatur, nihil impedimento est. Plures sunt hujus sententiae rationes, quas exponit et ab objectis vindicat D. Wissenbach. *ad h. t. th.* 32. Distinctione tamen a nobis posita, subintellecta potius, ut opinor, quam expressa.

N. Addit.

Nunc vero postquam jam ostendi, praescripto mutuo a debitore, creditorem incipere possidere alieno nomine, conciliari facile possunt rationes explicandi d. l. 2. *a me datae, cum ratione Auctoris, ut connectantur, non ut opponantur sibi. Nec obstat, quod rationis, quam dedi de precario, nullam mentionem faciat Imperator. Nam non omnes rationes legibus semper solent addi, sufficit, quod ratio data non repugnet analogiae Juris. De conductore vero, qui minimum per triginta annos non cessavit solvere mercedem, loqui Imperatorem, credere inductus sum per verbum* solitam. *Quomodo enim merces solita praestari dici possit, quae tam diu non est soluta?*

LIB. XXI. TIT. I.

DE AEDILITIO EDICTO, ET REDHIBITIONE, ET QUANTI MINORIS.

I. Continuatio, et de officio Ædilium. II. De causis actionum ex hoc Edicto. III. Quae actiones inde competant. IV. Quid differant ab actione Empti. V. Usus harum actionum, maxime si res perierit. VI. Quatenus electio harum actionum competat Emptori. VII. Post aestimatoriam adhuc Redhibitoriam dari, non contra. VIII. Expositio l. 48. §. 7. h. t. *IX. Proprietates aliae harum actionum, et casus quibus cessant. X De Feris noxiis juxta vias publicas habitis.*

(a) Pignus fuit accessio contractuum generalis: sequuntur appendices quaedam emptionis venditionis potissimum, quo pertinet argumentum aedilitii edicti, stipulatio evictionis, et exceptio rei venditae atque traditae. Ædilitium Edictum promulgatum est Romae ab Ædilibus Curulibus, de quorum origine Pomponius agit in *l.* 2. §. 21. *et* 26. *de O. J.* et nos in *Parte I. pag.* 32. *n.* 10. Distincti fuerunt ab Ædilibus plebejis, quorum antiquius institutum fuit; utrique dicti, quod aedibus praeessent, item viis ac ludis, ut Pomponius *ibidem* alique *passim* testantur. Utrique, magistratus majores adjuvandi causa creati, Curules pro consulibus, Ædiles pro tribunis: etsi Consulum utrique imperio paruerint, ut ex Livio intelleximus *lib.* 34. *cap.* 14. *in fin. Consules Ædilibus Curulibus imperarunt, ut Sacerdotes ejus sacri* (Bacchanalium) *omnes conquirerent, comprehensosque libero conclavi ad Quaestionem servarent; aediles plebis curare, ne qua sacra in operto fierent.* Quamvis igitur majorum numero magistratuum habiti non sint Ædiles, ut probavimus *lib.* 3. *Digress. c.* 23. Jurisdictionem tamen habuerunt, inprimis circa Forum et vias publicas. Ad utramque partem duplex, aut bimembre hujus rubricae edictum pertinet, alterum de venditionibus rerum tam soli quam mobilium, *l.* 1. *in pr. h. t.* alterum de noxiis animalibus juxta viam publicam habitis. in *l.* 40. *et seqq.* Nos primo edicti summam riecuscbimus, et dein usum explicabimus.

2. (b) Primum edictum de rebus venalibus, est in *l.* 1. §. 1. *et l.* 38. *pr.* §. 1. 2. *et* 3. *h. t.* conceptumque est ibi de mancipiis et jumentis; sed ut in *pr. d. l.* 1. *l.* 49. *et l.* 63. *h. t.* indicatur, ad cujusvis generis venalia, et ad res etiam immobiles pertinet. Edisserit autem, quid juris sit, ob triplicem defectum a venditore commissum. 1. Si res vendita non conveniat cum ejus *dicto promissove*, *l.* 1. §. 1. sic tamen, ut quae commendandi causa dicuntur, ut fit, ab emptoribus, in censum non veniant. *l.* 19. *in pr. h. t.* Secunda causa est, ex *reticentia*: venditor enim certiorem facere debet emptorem, si quid vitii morbive fuerit, omniaque recte pronunciare. *d. l* 1. §. 1. *et l.* 38. *in pr.* Tertius defectus est, si venditor *cavere nolit* emptori, ut Ædiles jubent, ob vitii alicujus aut defectus suspicionem. *l.* 28. *h. t.*

3. (c) Propter has causas ex eodem edicto actiones duae sunt proditae, redhibitoria et aestimatoria, quae similiter in permutatione locum habent. *l.* 19 §. 5. *h. t.* Redhibitoria datur emptori contra venditorem, ut is rem venditam recipiat pretiumque restituat, una cum usuris et eo quod interest, *l.* 1. §. 1. *l.* 23. *l.* 27. *l:* 29. §. 2. *et l.* 31. §. 2. *h. t.* quae docent scilicet, emptorem vicissim rem cum omni causa restituere debere. Finitur autem haec actio sex mensibus ob res ipsas, duobus ob accessiones rerum. *l.* 38. *in pr.* Æstimatoria datur eidem emptori contra venditorem ad repetendum de pretio, quanti res ob vitium minoris est quam vendita fuit, *d. l.* 1. §. 1. *l.* 38. *in pr. et l.* 61. *h. t.* eaque durat annum utilem, *l.* 19. §. *ult. h.* nisi moveatur haec actio propterea, quod venditor cavere nolit, sicut Ædiles caveri volunt; nam hoc casu aestimatoria sex mensibus finitur, ut redhibitoria bimestri spatio *l.* 28. *h. t.*

4. (d) Tu dices nonne praestationes vitiorum in rebus venditis, actione empti venditi continebantur, quid opus speciali edicto in hunc finem? Moribus equidem hodiernis, vix est, ut quidquam intersit, ex empto, an ex Ædilium edicto agere te dicas: primitus tamen differentiae quaedam fuerunt: praeter quod Praetori minime fuit insolens, de rebus jure civili constitutis edicto suo cavere diligentius, ut consentaneum fuit, cum curae id habere circa res venales ad officium ejus nominatim pertinentes.

SCHOLIUM.

Varie hanc quaestionem Doctores tractare solent. Conf. cum Auctore Wissenb. h. t.

(a) *Pos.* 1. *et* 2. (b) *Pos.* 6. 7. 8. *et* 9. (c) *Pos.* 4. *et* 5. (d) *Pos.* 10. 11. 12. *et* 13.

th. 9. *Mihi placet prae aliis opinio Franzkii, quem vide* ad tit. de Act. empt. n. 99. *Moribus nostris quid observetur, vide apud Dn. Schilter.* ad h. t. §. 15. et 17. *Carpz.* P. 2. C. 34. d. 15. seqq. *Dn. Stryk.* de jure sens. Disp. 1. C. 3. n. 44.

Praecipua quae intererant, haec sunt. Ex Edicto utraque actio non de animi, sed de corporis vitiis agit, *l.* 1. §. *pen. h.* nisi quatenus ipsum servi corpus adficiunt, *l.* 4. §. 4. *l.* 43. §. 4. *et* 6. sed actio ex empto datur quoque ob animi vitium. *l.* 4. *pr.* aedilitiae sunt arbitrariae, et ni satisfiat, in duplum, *l.* 45. *h. t.* quo sensu poenales dicuntur, *l.* 23. §. 4. sed actio ex empto est b. f. in simplum, *ut supra, et l.* 70. *de Evict.* aedilitiae competunt in unum ex pluribus, qui pro majori parte vendidit, civiles in singulos pro rata. *l.* 44. §. 1. *in pr. h.* Facilius quoque aedilitiae dantur in ignorantem, ut dictum, quam civiles ex empto. *l.* 13. §. 1. *de Act. empt.* Nam haec ob culpam maxime comparata est; illa ad inaequalitatem, etsi culpa nullius, corrigendam, ut inter scientiam et ignorantiam non distinguatur, *l.* 1. §. 2. *h. t.* quae notabilis et forensis est differentia.

5. Sed hae discrepantiae quod ad genus actionis, moribus, ut dixi, hodiernis nullum amplius usum habent; nec ideo tamen, quae in hoc titulo traduntur, usum habere desinunt: (e) sed tam redhibitoria quam aestimatoria licet experiri, si modo vitium, vel ejus causa, proxime venditionem antecesserit. Nam quod sequitur, ad emptoris periculum pertinet, nisi aliter convenerit. *l.* 3. *C. de Ædil. act.* Si vero praecesserit causa venditionem, actiones aedilitiae dabuntur, *etsi pecus sit mortuum*, *l.* 47. *in fin. h. t.* quod aeque in permutatione locum habebit, *arg. l.* 19. §. 5. *h.* idque ita judicatum in Curia nostra apud Nautam reperio, in causa *Johannis Sapaei contra Sixtum Feiconis cum soc.* Actor equum permutatione adeptus erat a reis in nundinis *Belcumanis*, decemque vel 12. diebus post traditionem equus erat mortuus; dein eum sectus esset, intestina corrupta et exesa lebore flavo et tabifico reperta sunt e longiore tempore collecto, ut inde constaret esse mortuum. Condemnati sunt ad pretium restituendum, non obstante testimonio aliorum mangonum: quasi moribus inter equorum mercatores obtineret, ut ne plura quam tria vitia * praestarentur, si nihil speciale dictum aut promissum esset, quae tria haec erant; malum pulmonicum, *dempighoit*: praesepicum quod vocant, quo equi se praesepibus mordendis intorquent, et *tertio* vermium. Cujus moris haec queat ratio reddi, quod illa sint vitia, quae emptor scire nequeat, venditor possit. Nam quae manifesta sunt, ut ab emptore facile observari queant, aedilitiis actionibus non sunt obnoxia. *l.* 1. §. 6. *l.* 2. 3. 4. *l.* 14. §. *ult.* *l.* 48. §. 3. 4. *et l.* 55. *h. t.* Quod autem ad venditoris attinet ignorantiam, haec quidem ab ejus quod interest plena praestatione eum liberat, *l.* 13. *in pr. de Act. empt.* non ab actionibus aedilitiis. *l.* 1. §. 2. *h. t.* Proinde nihil causae fuit, ut ne ob alia vitia, quam quae venditor scire possit, mangones agi posse negarent. Nec illi universitatem faciebant, ut si maxime talis consuetudo inter eos usu obtinuisset, alius eam ignorans ad observantiam ejus teneretur, nisi forte ex *arg. tit. Quod quisque jur. in alt.* si quis antea scil. hoc jure contra alium usus esset, vel id impetrasset, ut deinceps eodem jure in propria causa uteretur.

6. Actionem redhibitoriam et aestimatoriam intentione atque effectu inter se discrepare manifestum est, non aeque, an certi termini, quibus haec aut illa moveri possit, existant. Sunt, qui in arbitrio emptoris esse volunt, utra malit experiri; posse eum eligere, inquam, et statuere secum, aestimatoria an redhibitoria agere velit, quibus adstipulatur Thomasius ad *nostram posit.* 3. Sed num, immane quantum, intersit venditoris, utrum quod vendidit recipere totum cogatur, an quanto minoris defungi liceat, non est civile dictu, in reciprocae praestationis contractu, tanti rem momenti ab solius emptoris arbitrio suspendi. ** Plane eum, qui redhibendi

(e) *Pos.* 3.

* Secundum *art.* 79. *Wb.* in quo venditor tria saltim vitia praestare tenetur, scilicet si equus sit *statig*, retrogradus, *staarblind*, caecitate latente laborans, aut *haarschlachtig*, quod alii scabiem, alii malum pulmonicum, sive asthmatis morbum, exprimere autumant. conf. Coler. *d. Proc. Exerc. P.* 2. c. 1. *n.* 82. Carpz. *P.* 2. *C.* 34. *def.* 1. Eckolt. *ad ff. tit. d. aedil. edict.* §. 6. *in fin.* Nihilominus, si dolosa venditoris simulatio accedat, etiam ob alia vitia, e. g. si equus sit lunaticus, Richter *dec.* 95. *n.* 10. vel pituitosus. Id. *l. c. n.* 33. Coler. *dec.* 228. *n.* 3. *sqq.* conf. Carpz. *l. c. def. d.* 15. *et* 17. Franck. *ad ff. d. tit. n.* 85. actioni exempto perpetuae erit locus *a. l.* 13. *ff. d. act. empt.* Richt. *dec.* 95. *n.* 12. atque ita *resp. Fac. Jur. Lyps. Mens. Jul. Anno* 1700.

** Immo ad arbitrium Venditoris pertinebit, si emptor actionem quanti minoris elegerit, venditor vero pretium, quod emptor vel judex nimis exiguum esse, atque pro eo rem actori relinquere non posse, neque eo modo contracturum fuisse contendat, remque integram quod accepit pretio restituto recipere malit; atque adeo nec actor invitus ad actionem quanti minoris instituendam compelli, nec reus invitus ea ea condemnari, sed uterque redhibitoriam praeoptare poterit, ut monet Beyerus in Delin. *Jur. Civ. L. p.* 388. *not.* (*a*) Sane officio Judicis Germanici continebitur, juvare reum redhibitoria, cum in favorem emptoris idem licuerit Judici Romano per *l.* 43. §. 6. *D. h.*

causam habet, si aestimatoria, quod minus est, agere malit, id in potestate habere per *l.* 21. *de R. J.* nec semper utraque cumulatim experiri licere, certum est ex *l.* 25. §. 1. *de Except. rei jud.* Sed hic textus non impedit quod juris ratio dictat, redhibitoria non posse aliter agi, quam si tale vitium in re vendita sit, propter quod actor eam rem empturus non fuerit, sicut *ibidem* traditur, ejusque rei judicium non a mero emptoris, sed a judicis arbitrio pendere, consentaneum est. Ita quoties de servitute agitur, venditor victus tantum praestare debet, quanto minoris emisset alter, si scisset hanc servitutem esse impositam, *l.* 61. *h. t* neque dicendum est, ob celatam servitutem, contractum emptoris arbitrio rescindi posse, ut redhibitoriae locus sit, per *l. pen. de Evictión.* de cujus sententia *capite sequenti* pressius agendum erit Nec tamen repugno, quia, si fuerit servitus adeo gravis et deformis, ut exactus paterfamilias rem ea causa non fuisset empturus, ad redhibendum haec ratio quandoque sufficere possit, quomodo merito judicatum refert apud Brabantinos *Stockmannus*, de celata servitute cloacae, per quam colluvies ex duabus latrinis viciniae domus, *sub* pavimento atrii per subterraneum meatum longo ductu, ad vestibulum usque domus venditae decurrebat: unde subinde ingratus foetor exhalabat, et pavimentum nonnunquam obstructo canali rescindendum erat, ut aliquoties factum fuerat, *Decis.* 97. ubi recte monet et probat, alioqui ob celatam quamlibet servitutem, etsi quanti minoris agere liceat, minime tamen a contractu posse recedi. *n.* 2.

7. (f) Quod autem diximus, concursum aestimatoriae atque redhibitoriae non esse cumulativum, accipit hanc limitationem, *quatenus idem his non petatur*, quam esse fundamentum omnis de actionum concursu doctrinae, probavimus in *Parte I. p.* 437. *n.* 33. Quare si non offenditur haec regula, nihil vetat, post aestimatoriam adhuc moveri redhibitoriam. Nam post hanc non dari aestimatoriam, palam est, quia per graviorem levior in eodem negotio absorpta est, ut *d. loco* probavimus. Igitur haec regula, *si graviore prius sit actum, levior extinguitur; si leviore prius, gravior superest in id, quod plus continet*, non tantum obtinet in actionibus ex delicto, sicut vulgo, sed etiam in rei persecutoriis e contractu, ut *d. pag.* 437. *et* 438. exemplo patuit, et heic denuo liquet: nam si emptor prius quanto minoris egerit, deinde liqueat, rem adeo nullius esse valoris, ut ne expediat quidem ejusmodi rem domino habere, redhibitionem adhuc impetrare potest, officio tamen judicis implorato potius, ut is, quod antea praestitum, deducat ac ita redhibeatur, quam actione directa ex *l.* 43. §. *aliquando* 6. *h. t.*

SCHOLIUM.

Sed hoc nequaquam dicit d. l. 43. §. 6. *Melius eam exponit Wissenbach.* th. 10. *junge* l. 25. §. 1. de Exc. rei judic.

RESPONSIO.

Lex ait, Aliquando etiam redhiberi mancipium debebit, licet aestimatoria agamus, *et mox*, licet aestimatoria actum fuerit, *et caetera quae dixi; unde refellitur explicatio D. Wissenbachii, qui vult in ipsa prima actione aestimatoria rem aliquando judicis officio redhiberi, quod cum plane diversi generis sit, non videtur. Nostra expositio tam verbis quam usui juris multo crebrius et civilius convenit.*

N. AUCT.

Miror pertinaciam in tanto viro, ait Paulus, Aliquando etiam redhiberi mancipium debebit *per sententiam Judicis*, licet aestimatoria, id est quanti minoris, agamus *et redhibitionem non petamus, sed restitutionem pretii majoris.* Nam si adeo nullius sit pretii, ut ne expediat quidem tale mancipium *vel jumentum* domino habere, veluti si furiosum aut lunaticum sit, *v. g. si equum talem emerim pro* 100. *thaleris, et postea institutam actionem quanti minoris et repetam totam summam, vel* 99. *thaleros*, licet aestimatoria actum *tunc a me* fuerit, officio tamen judicis continebitur, ut reddito mancipio pretium recipiatur, *ne videlicet et pretium et rem (quam plane inutilem esse dico) simul retineam. Nec possum conqueri, quod res mihi auferatur, si eam dicam esse propter inutilitatem nullius pretii. Jam judicet Lector, an propter verba* licet aestimatoria actum fuerit, *refellatur explicatio Wissenbachii et confirmetur illa violenta Auctoris.*

8. Denique, propter diversa vitia saepius agi posse, docet *Lex* 31. §. *si quis.* 16. *et l.* 48. §. 7. *h. t.*

SCHOLIUM.

Sed qua actione, aestimatoria ne an redhibitoria? Aestimatoria, nam res saepius redhiberi non potest, ut recte notat Glossa ad d. l. 48. §. 7. *Quid ergo est, quod Pomponius ibidem dicit?* Cum redhibitoria actione de sanitate agitur, permittendum est de uno vitio agere et praedicere, ut si quid aliud postea apparuisset, de eo iterum ageretur. *Mihi videtur vel JCtus, dum haec scriberet, aestimatoriam habuisse in mente, vel Tribonianum, dum haec exscriberet, errorem*

(f) *Pos.* 14.

commisisse. Nam redhibitoriae voce tam late uti velle, ut sub se comprehendat actionem quanti minoris, esset vim voci inferre: nam qui redhibet, nihil retinet. Alia ratio est actionis aestimatoriae, quae sub se redhibitoriam complectitur. l. 25. §. 1. de Except. rei judic. *Glossa equidem* d. l. *putat institutam fuisse actionem redhibitoriam, sed rem non fuisse exhibitam verum praestitam saltem aestimationem vitii. At vereor, an et hec procedat. Nam dubito, an judex in redhibitoria reum potuerit a redhibitione liberare, et ita electionem actori auferre. Non obstat* l. 43. §. 6. hic, *quia ab aestimatoria ad redhibitoriam, per modo dicta, inferri nequit.*

Responsio.

Mihi non est dubium, quin JCtus in d. l. 48. §. 7. *redhibitoriam actionem vocet eam, quae est ex edicto aedilitio, simpliciter: vocemque tam generaliter sumi posse, probo inde, quod in ipso edicto, ut heic habetur in* l. 1. *h. t. REDHIBENDI tantum fit mentio, cui facultas quanti minoris petendi virtualiter inest.* arg. l. 21. de R. J. *Quanti minoris ita fit mentio, ut sub redhibitione lateat. Plane a potiori denominationem fieri, non est insolens; quin ex ipsa re, cum redhibitoria saepius agi dicit Juris C. necessitas hujus responsionis elucet, quia factum redhibendi bis fieri non potest. Quod autem aestimatoria dicitur redhibitoriam continere,* d. l. 25. §. 1. *vult dicere, illam hanc non absumere, ut paule* superius *probatum, aut si hoc nolit Thomasius, dicat, utrumvis nomen utramque compendio actionem complecti.*

N. Addit.

Vides, litem saltem esse de usu vocis redhibitoriae actionis. Nam in decisione quaestionis convenimus. Pro mea sententia contra Auctorem id urgeri potest, si actioni redhibitoriae, de qua in l. 1. h. t. *infuisset actio quanti minoris, quid opus fuisset edicto peculiari, in quo hae duae secernuntur? in* l. 38. cod. *Regula illa, cui licet id quod majus est, licet etiam minus, procedit in rebus ejusdem subordinationis. Quae hic non sunt. Redhibitoria rescindit totum negotium, actio quanti minoris mulctat saltem venditorem, qui saepe mallet rem redhiberi, quam eam alteri relinquere restituto excessu pretii. Quae Auctor monet circa* l. 25. §. 1. *ad ea jam exceptum fuit in nota praecedente.*

9. Haeredi et in haeredem has actiones, ut omnes e contractu, dubium non est dari *l.* 48. §. 5. *h. t.* Sed hoc est singulare, quod ad redhibendum, non nisi omnes pariter emptoris haeredes agere possunt; ad pretium, et ad caetera quae dividi queunt, singuli pro partibus agunt. *l.* 31. §. 5. *et* 6. *h. t.* Venditoris tamen haeredes pro partibus haereditariis tenentur ad recipiendam redhibitionem, ut etiam ipsi venditores, siquidem plures aeque correi constituti sint, *d. l.* 31. §. 10. salvo eo, quod diximus ex *l.* 44. §. 1. *h. t.* posse actionem ad versus eum, qui ex parte majori emptor est, institui. Postremo sciendum, aedilitias actiones cessare in *simplariis* venditionibus *l.* 48. §. *ult. h.* de quibus *simpla* dumtaxat evictionis nomine promittitur, et de quibus duplam stipulari, ut communiter fit, non est operae pretium, *l.* 56. *in pr. de Evict.* adeoque in vilioribus cessat Ædilis, et ex empto agendum. *l.* 4. *pr. h. t.* Idem erit in vitiis levioribus. *l.* 4. §. *ult. l.* 11. *et sqq.* Praeterea cessat Ædilis in venditionibus a fisco factis. *l.* 1. §. 3. *h.* Cessat item in rebus donatis. *l.* 62. *h. t.* Denique in locatione visum est sufficere locati actionem, et Ædilium de illa tacet edictum. *l.* 63.

10. (g) Altero Ædilium edicto, aut secundo ejusdem membro, cautum est ita. Si quis noxium animal juxta viam publicam habuerit, solutum aut non satis arcte ligatum, idque damnum dederit, de caede hominis liberi est poena 200. aureorum, de laesione ejusdem arbitraria mulcta, de aliis damnis poena dupli. *l.* 40. *et seqq. h. t.* Moribus hodiernis, arbitraria mulcta forte an semper obtinebit; nisi pro homine libero occiso danda sit actio in dimidiam hominis aestimationem; quae est integra 300. florenorum *aureorum* qui dicuntur, *jure nostro*; secundum quod ex commisso pecudum solvitur dimidium ejus, quod ex hominis facto debetur. 2. *Stat. Fris.* 3. *art.* 4. De concursu hujus actionis cum quadrupedaria, dictum est ad *tit. I. Si quadrup. paup. in fine.*

(g) *Pos.* 15.

TIT. II.

DE EVICTIONIBUS ET DUPLAE STIPULATIONE.

I. Species et summa Tituli. II. Origo et usus stipulationis duplae an et hodie supersit. III. Agi de Evictione in omnibus onerosis Contractibus. IV. Secus in lucrativis. V. An in dote valeat. VI. Si pars vel accessio rei evicta sit, ex empto, non de evictione agi. VII. Quid juris sit in causa servitutis celatae. VIII. Quid si res plures simul sint venditae. IX. Si conditiones de venditione male exprimantur, quid juris. X. Quae vis sit clausulae generalis, rem vendi, cum juribus oneribusque ad eam spectantibus. XI. Quatenus Evictionis necessitas Pactis mutetur. XII. Quo sensu in solidum plures ex evictione teneantur. XIII. Denunciationem non ob actionem empti, sed ob evictionem esse faciendam, et quo tempore. XIV. Fines denunciationis, eamque faciendam esse, licet emptor litis motae non sit ignarus. XV. Nec omittendam esse, licet causa evictionis manifesta. XVI. Finis et effectus denunciationis; nec invitum venditorem intervenire cogi. XVII. Nisi promiserit expresse vel tacite, ubi formulae tacitae promissionis. XVIII. Defensionem sive interventionem in judicio non promissam, exigi non posse, nisi pretio necdum soluto, immineat periculum. XIX. In quo foro fiat lis super evictione. XX. Casus, quibus haec actio cessat. 1. *in pignore. XXI.* 2. *Ex scientia Emptoris. XXII.* 3. *Ex culpa ejus. XXIII.* 4. *Ex casu fortuito.*

(a) Ad explicandam emptionem venditionem pertinet inprimis post Aedilitium edictum titulus de *Evictionibus*, cujus admodum frequens usus olim hodieque, recipit hanc ab initio monendam diversitatem: quod nunc ab empti actione, quae datur in id quod interest, vix ullo discrimine, praeterquam uno sat notabili, denunciationis, ut videbimus, separetur. Quominus tamen apud rubricam de emptione venditione *hujus tituli* argumentum occuparemus, fecit methodi, quam Caesar nobis praeivit, religio. Quid sit *Evincere*, compositio vocabuli sponte probat; nihil aliud quam vincendo, scilicet non vi, sed per judicium: rem auferre. *l.* 22. §. *ult. h.* Species facti in actione hujus loci, talis est. Qui rem emit a non domino, quem dominum esse putabat, ab alio seu domino vero seu jus aliud in rem venditam habente, vocatus est in jus, ejusmodi edita actione, per quam res ab ipso avocari queat, sive rei vindicatio, seu pignoris, ususfructus, emphyteuseos, vel fideicommissi persecutio, vel quaelibet alia sit actio, per quam emptor possessionem sit emissurus. *l.* 26. *et l.* 34. §. 1. *et pass. h. t.* Tunc emptor facere debet, ut venditori denunciet, sibi litem moveri, quo adsistat et periculum litis ad se pertinere sciat; secundum quae, secuta condemnatione, venditor olim in duplum, hodie in id quod interest tenetur, atque haec est summaria hujus capitis ὑποτύπωσις, cujus exegesin, ordine quasi historico, quo nullus facilior, prosequemur.

2. (b) Moris erat in foro Romano, ut emptores in causam evictionis futurae ac incertae a venditore juxta conventionem de emendo vendendo, stipularentur *duplum: aut vel hoc, vel id quod interest*, in quo ex natura contractus, actionis empti materia consistit, peteretur, si quidem res evicta fuisset; quam alternativam agendi facultatem tradit *l.* 25. *C. h. t.* concursus enim, ut *ibi*, est electivus. Nec multum erraverit, qui duplum, quod stipulabantur, ejus quod interest vice functum fuisse arbitretur: quatenus in casibus certis, cujusmodi emptio venditio est, id quod interest duplum excedere non potest, ut definitum est in *l. un. C. de sent. quae pro eo, quod inter. fer.* Nec adeo dubium videtur, quin emptores ad evitandam ejus quod interest obscuram probationem, stipulationes dupli venditionibus adjicere soliti fuerint, sicut alias huic scopo stipulationes poenales inserviisse, constat ex §. *ult. Inst. de V. O.* Nec aliunde petenda ratio, cur, si emptor per errorem minus duplo fuerit stipulatus, venditorem ad id quod deest supplendum compellere possit, *l.* 37. §. *ult. h.* quanquam et ab initio venditor ad duplae stipulationem cogi possit, *l.* 31. §. *quia adsidua.* 20. *de Aedil. ed.* ubi ratio, quae redditur, id quod diximus affirmat. *Etenim* inquit Ulp. *ea, quae sunt moris et consuetudinis, in b. f. judiciis debent venire.* Si tamen enixe partes operam dederint, ne plus simplo deberetur; quominus placiti lex illa valeret, nihilo plus obstabat, quam si plus duplo stipulatione complecti voluissent, *l.* 56. *in pr. et l.* 71. *in pr. h. t.* modo teneamus, si duplum aut plus fuerit promissum, ejus quod interest, quod

(a) *Pos.* 1. *et* 2. (b) *Pos.* 3. 4. *et* 20.

duplo continetur, rationem non haberi, *l.* 44. *de Action. empt. d. l.* 25. *C. de Eviction.* quo pertinet Scholium Thomasii ad *posit.* 4. *h.* Donique nec alia ratione factum videtur, ut caput de evictionibus tam in Codice quam Pandectis ab empti actione separaretur, quam quod dupli stipulatio quasi poenalis ab actione rei persecutoria remota videtur. Sed moribus hodiernis, nihil, ut dietum, interest, evictionis eo empti actionem dicas, quod ad regressum ob rem evictam contra venditorem capiendum attinet; ut tamen minime, quae in *h. t.* reponuntur, ideirco sint otiosa; quippe omnibus ad argumentum actionis empti apposite pertinentibus; hac tamen differentia, quod in causa evictionis, *denunciatio* facienda sit, quae alioqui ad empti actionem non requiritur. Proinde quidquid a nobis heic de evictionis actione collocabitur, ad id quod interest emptique actionem referri oportet, non ad dupli petitionem, quae non est amplius in usu.

Scholium.

Idem statuunt Brunnemannus, Groenewegen, Regnerus, aliique, quos citat Dn. Schilt. Ex. 31. §. 20. *Quod si indubitatum esset, carere possemus subtilitatibus* posit. 9. et 10. *uti et Brunnem. apud Dn. Schilterum* §. 22. *judicat. Sed video tamen Magn. Dn. Stryke* in usu moderno Pandectarum ad h. t. *notare Groenewegium,* quod absque ratione asserat stipulationes dupli in usu amplius non esse. Quis enim hodie crederet, tale pactum vitiosum esse, si res mihi evicta fuerit duplum restituet. Si enim in genere pactum hodie validum, nec hodie quod cum jure communi incidit invalidum erit pronunciandum. *Posses forte dissensum hunc tollere, si diceres hodie stipulationes vel pacta de duplo non ita necessarias esse, ut olim,* posit. 3. *et rarissime etiam frequentari; posse tamen iniri, si quis velit, quo casu quid sentiendum sit de usu* posit. 9. *vide eleganter apud Dn. Schilter.* §. 23.

Responsio.

Posse duplum, imo triplum et amplius, si partes velint, promitti, quis impediat? Sed necessitas legis eam injungentis cessat, quod sufficit, ut jus duplae obsoletum dicatur. Alioqui concedimus etiam, duplae considerationem non omnino alienam esse a moribus nostris, quatenus adhuc durat regula, id quod interest, ad quod nunc emptor evictionis causa tenetur, duplo terminari. d. l. un. C. de Sentent. quae pro eo quod inter. prof.

N. Aodit.

Non opus erat responsione, quia revera Scholium cum Auctore sensit. Et quis hodie tam stultus foret, ut alteri duplum promitteret, si ad id non est moribus nostris adstrictus. Non est stultus, qui talia ab altero postulat, sed qui ea praestet, is profecto parum sanae foret mentis. Nescio etiam, an multum profutura sit duplae consideratio propter adductam ab Auctore d. l. un. *quae non illa phrasi Auctoris ambigua utitur* duplo terminari, (*quae etiam sensum admitteret, quasi Judex teneretur* in duplum condemnare) *sed, quod Judex saltem non debeat* duplum excedere.

3. (e) Secundum haec etsi actio de evictione praecipue ad emptionem venditionem spectat, ad alios tamen plures contractus aequo a legibus producta est, scilicet quoties rem *oneroso titulo* in alium translatam, a tertio vindicari contigerit. Ergo locum habet in permutatione, *l.* 1. *C. de Permut.* Datione in solutum, *l.* 4. *C. h. t.* item in divisione rerum communium aut haereditariarum, nisi aliter convenerit, *l.* 14. *C. Fam. ercisc. l.* 66. §. *ult. h.* etiam, ut videtur, si pater divisionem fecerit. *l.* 77. §. 8. *de Legat.* 2. vid. Fachin. 6. *controv.* 68. Gail. 2. *obs.* 14. *n.* 6. Mynsinger. *cent.* 1. *obs.* 37. Etenim si meus debitor rem mihi dederit in solutum, quae deinde sit evicta: rursus si uni ex cohaeredibus cesserit in divisione res non propria defuncti, quam alius deinceps avocat; cum possessor re, quam ex causa nactus erat onerosa, privetur, merito adversus auctores suos, qui se rem tradendo alleverunt, experitur. *arg. d. l.* 77. §. 8. *de Legat.* 2. Similis ratio militat in transactione, si quis ut ego a lite desisterem, mihi rem aliam dederit, eamque tertius evicerit; cum titulus, quo rem accepi, causa litis remissa, fuerit onerosus, non est dubium; quin alter in id quod interest teneatur, *arg. d. ll.* Aliud est, si res litigiosa, super qua transactum fuit, deinceps evicta sit a tertio; etenim hoc damnum ad possessorem, qui sibi quod temere transegerit imputandum habet, spectat, *l.* 33. *fin. C. de Transact.* quae docet equidem, si, quod datum est, ut alter a lite desisteret, evictum sit, non ideo transactionem infirmari: sed quominus in id quod interest agatur, nec ille textus, neque juris ratio negat. Denique contrarium non est in *l.* 96. §. *Soror.* 2. *de Solut.* ubi nomen, quod soror transactionis causa accepit, *ejus periculo* esse dicitur. Hoc enim ab evictione penitus est diversum, ut ex iis, quae de actione vendite dudum accepimus, constat. Evincitur nomen,

(e) *Pos.* 5. *et* 8.

quando is, qui hoc transtulit, non habet jus transferendi, qua causa procul dubio tenetur. Periculum intelligitur, quatenus debitor non est solvendo, et nihil ex nomine provenit; de quo casu qui transtulit non tenetur, ut dictum *in loco*. Vid. Carpzov. *P.* 2. *C.* 34. *def.* 28.

4. In lucrativis contractibus evictionis rationem et aequitatem cessare, minime dubium est. *l.* 17. *de O. et A.* Imo si donator bona fide rem alienam in amicum contulisset, durissimum foret, liberalitatis institutum de evictione damnosum fieri, scilicet doli vel promissionis casu excepto, ut ratio manifesta docet et *l.* 2. *C. h.* Nec aliud obtinet in legato, si alienum esse compertum fuerit, haeres tamen id, quod legatum est dando, liberatur, *d. l.* 77. §. 8. nisi cum testator rem in genere legasset, haeres certam speciem legatario tradidisset; tunc enim ex suo facto praestare teneretur, ut legatario rem traditam habere, retinere liceret, quod est ad evictionem praestandam obligari. *l.* 45. §. 1. *de Leg.* 1. *l.* 29. §. 3 *de Leg.* 3.

5. (d) De dotis datione quid juris sit, ratio dubium facit, quia dos est datio benefica, Δὼς ἀγαθὴ, *dos donatio bona*; rursus est onerosa, quia datur ad sustinenda onera matrimonii, *l.* 56. §. 1. *de Jur. dot.* sed lex ita definit. Non tenetur evictionis nomine, qui dotem dedit, nisi *pollicitatio vel promissio fuerit interposita. l.* 1. *C. de jur. dot.* Cujus rei, dotis dandae, an evictionis causa? Haec proposito magis convenire videbatur, sed promissionem dotis praeviam intelligunt Gl. et interp. Dote igitur absque promissione data, si quidem res aestimata fuerit, ex empto competit actio, non de evictione, ut Brunnem. *ad. d. l.* 1. Nulla datur actio, si res fuerit inaestimata, dolo tamen, ut consentaneum est, haud impunito. *d. l.* 1. Quinimo (est oppositio) quando dos aestimata evicta est, si bona fide res sint datae, nulla est actio quae viro competat. *l.* 69. §. *cum res.* 7. *ff. de Jur. dot.* Responde, nullam evictionis actionem dari, ex empto tamen actionem, vel exceptionem non negari, *d. l.* 1. quae res arguit, quam male Brunnem. ad *d. l.* 1. actionem ex empto, et evictionis causa confundat. Sed nec a juris ratione fuerit alienum, dicere, si dos necessaria sit, sive inaestimata, teneri de evictione, qui coactus dare dotem, dedit rem alienam, *arg. l.* 19. *de O. et A.* etiam hoc argumento; quod, si pollicitatio dotis praevia, dotem facit obnoxium evictioni, necessitas dandi non minus efficax hac parte quam promissio, quae necessitatem infert, esse debeat. Quod autem Brunnemannus idem ex Carpzovio *P.* 2. *Const.* 34. *def.* 23. tradit, donatorem quoque, si praevia pollicitatione donaverit, ad actionem teneri, merito displicet Bronchorst. 3. *adsert. misc.* 70. Nam lex 2. *C. h. t.* donatorem non aliter ad evictionem obstringit, quam si nominatim evictio promissa sit, nec usquam aliter. Argum. vero a dote ad donationem non procedere, ex his, quae *th.* 4. *et* 5. diximus, eximie liquet. Multo minus id probat *l.* 18. §. *ultim. de donat.* aut lex 29. §. 3. *de Legat.* 3.

6. (e) Quid si non tota res, verum pars ejus evincatur? Actionem evictionis causa dari, scriptum est in *l.* 1. *et* 45. *h.* modo pars non sit modica; et heterogenea, (1) veluti si nave vel domo vendita, tabulae quaedam aut caementa evincantur, *l.* 36. *h.* neque fructibus rei venditae evictis datur actio de evictione, veluti si vacca vendita vitulus post emptionem natus evincatur. *l.* 43. Sed usufructu rei venditae evicto, plane meritoque actio evictionis datur ordinaria. *l.* 46. *pr. h. t.* Proinde, si tertius in rem venditam jus emphyteuseos sibi competere probet, idem juris erit haud dubie, quia per has actiones ipsam rem avocari palam est, quod et de jure pignoris antea dictum, et habetur in *l.* 34. §. *ult. et seq. h.* Sed enim ex omnibus illis causis, quibus negatur evictionis actio, dubium non est, quin ex empto, inaequalitatis corrigendae gratia, *quae hodie est unica*, recte agatur; si modo res ejusmodi sit, ut emptor secundum legem contractus inde teneatur. Ita si sterquilinium in fundo vendito sit evictum, de evictione quidem plane non potest agi, ex empto potest, si sterquilinium agri nutriendi, non si commercii causa habeatur, *l.* 17. §. 2. *de Action. empt.* an ita servatum judicatumque a Curia nostra in causa *Bocacii Aggaei contra Diviam Friderici d.* 15. *Jul.* 1645. Domuncula seu cavea suibus et ovibus

(d) *Pos.* 6. (e) *Pos,* 9.

(1) *Videtur dicendum, evicta parte, non committi ullatenus stipulationem duplae, nisi in hac mentio partis facta fuerit, idque indistincte, sive pars sit homogenea, sive heterogenea. Ob rationem, quod stipulatio non committatur nisi existat conditio; conditio autem stipulationis duplae est, si res vendita fuerit evicta; quae, evicta parte, non existit. Nec contrarium evincitur ex* l. 34. §. 1. l. 64. h. t. *et aliis, cum enim in iis non quaeratur an duplae stipulatio evicta parte committatur sed supponatur stipulationem esse commissam, utique supponitur mentionem partis esse factam, prout regulariter mentio partis solebat fieri: qua non facta, negat Paulus committi stipulationem in* l. 56. §. 2. h. t. *Cur ergo Paulus in ea* l. 56. §. 2. *nominatim loquitur de homine, si idem obtineat in aliis rebus? Quia explicabat edictum aedilitium, quod expresse jubebat de servo cavere, non ut caeteras res excluderet, sed ut ex hoc exemplo hominis idem in aliis rebus obtinere intelligeremus. Vide* Barth. Chesium de different. jur. cap. 72.

continendis, si mobilis sit, non debetur emptori fundi, licet affixa domui, quoniam adfixio illa facta non est ut pars domus fiat, sed ut firmius consistat. Ideo si evincatur, nec de evictione, neque ex empto agi potest, ut *eodem tempore inter easdem partes* judicatum.

7. Similis est de servitutibus quaestio; si fundus sit venditus absque mentione servitutum, deinceps inventis in agro servitutibus, an ex empto in id quod interest agi possit? nam de evictione agi non posse, non dubitatur. Imo ne ex empto quidem agi posse videtur ex *l. pen. h.* ubi tum demum, si ut *optimus maximusque* fundus sit traditus, venditorem teneri, respondet Venulejus. Nostro sermonis usu vix est, quo hanc formulam exprimamus: aequipollens erit, si dictum sit, *vry van Lasten en Serviluten*, ut fit. *d. l. pen. et l.* 35. *de Act. Empti.* Haec ita quod attinet ad evictionem et actionem in id quod interest. Sed actio quanti minoris ex Ædilitio edicto videtur etiam, ubi nihil est dictum, competere de servitutibus, ut ad *praecedentem tit. ex l.* 61. *ibid.* intelleximus, scilicet; nisi sciverit emptor, vel palam fuerit, eam fuisse pridem impositam. *d. l.* 61.

8. (f) Postremo, ad rei evictae considerationem pertinet, quod ubi plures pariter unoque instrumento res sunt venditae, de singulis actio detur, *l.* 72. *h.* quod de actione empti, si refert, eodem modo traditur in *l.* 33. *de Act. empt.* nec ea parte haerendum: quin si duas res simul emero, quarum altera valet pretium solutum, si tamen alteram evinci contingat, evictionis actionem dari constet, *l.* 47. *h.* quippe si bene sit emptum, nihil est cur hoc lucrum emptori decedere venditorique prodesse debeat, ad evitandam praestationem ipsi incumbentem. Adde Wissenbach. *h. th. ult.*

9. (g) Quando igitur ex eventu apparet, rem venditam aliamve titulo oneroso translatum, esse gravatam hypotheca, usufructu, fideicommisso, aliove insigni defectu laborantem, datur actio vel ex evictione, vel inquam, ex empto, cui periculo venditor evitando curare debet, ut omnia rerum onera conditionesque diligenter exprimat: solet hoc autem in privatis emptionibus aliter ac in publicis fieri, (scil. *publicas* vocamus, quae palam sunt proscriptae, licet res sint privatorum) in privatis conditiones coram testibus aut scriptura comprehenduntur, in quibus si quid ambigui sit, accipitur id quod venditori nocet. *l.* 33. *de Cont. Empt.* In publicis venditionibus bifariam fit expressio conditionum: primo in programmate, quo venditio futura significatur. Rursus apud ipsam venditionem, quando conditiones palam praeleguntur. De his fuit quaesitum; si in publica tabula conditiones quaedam onerosae sint dissimulatae vel male positae, de quibus in secunda promulgatione conditionum edixerit venditor, si quid ejusmodi subesset discrepantiae, de illo se obligatum non fore; quaeritur, inquam, si emptor proscriptione publica deceptus, animo ad secundam promulgationem non adhibito, laesus sit, cum venditor ex prima declaratione teneatur, an per secundam liberetur? Responsio est, siquidem venditor sciens prudensque onera prius dissimulaverit, hactenus eum, non obstante posteriore stipulatione, emptori in id quod interest, ob dolum teneri. Tu dicas; Emptor ad ultimam promulgationem attendere debuit, in ultimas conditiones itum est a partibus, ut emptor ea ratione deceptum se queri non possit. Enimvero si diserte consenserit in ultimas conditiones, nihil habet exceptionis: sed in illa facti specie nullus adhuc tempore promulgationis emptor fuit; et praelectiones conditionum in concursu hominum ad ejusmodi publicas venditiones, plerumque tam celeriter et tumultuarie fiunt, ut pauci ad illas animum advertere queant. Haec etsi moris hodierni sit observatio, non modo tamen ex analogia, sed etiam e textu juris expresso proficiscitur. *l.* 13. §. *Idem Julianus.* 6. *de Act. empt.* secundum quam judicatum est apud Sandium 3. 4. 5. Si vero dolus absit, non est aequum, venditorem in id quod interest teneri, ob errorem primae professionis. Sed de quanti minoris actione danda quid videtur? Hac de re in tali specie apud exedram consultatoriam actum memini. Venditor in tabula publice dixerat, agrum esse jugerum sexaginta, tributo satis gravi, tot *florenorum*, oneratum: sed apud actum venditionis edixerat, si minus jugerum et tantundem oneris esset repertum, se ratione proportionis disparatae nolle teneri. Venditione facta et praedio addicto pro *tali pretio* in singula jugera, repertus est ager jugerum 54. dumtaxat, eodem onere tributi. Emptor petebat id quod intererat sua, vel quanti minoris essent singula jugera de numero 54. gravata tali tributo, quam essent singula jugera de 60. jugeribus, pari quantitate tributi. Venditor ex veteribus instrumentis probabat, olim istum agrum fuisse jugerum 60. sed compertum fuit, antecessorem proximum sex inde jugera vendidisse, quod se venditor haeres recens, ignorasse declarabat, idque erat probabile. Ab eo quod interest igitur omni, merito absolvebatur; sed quanti minoris etiam ignorantes teneantur, *l.* 13. *in pr. de Action. empt.* putavimus tamen, hic ne quanti minoris quidem agendum, propter ultimam stipulationem publice praelectam, quae etsi non

(f) *Pos.* 10. (g) *Pos.* 5. *tit.* 1. *lib.* 19.

liberet a dolo malo, per *d. l.* 13. §. 6. o poena tamen sino doli conscientia liberare videtur, quia lex nihil quam dolum heic notat, eumque requirit ut actio ex empto in illa specie detur. *d.* §. 6.

10. Huc quoque referendum, quod venditores ut plurimum addere solent venditionibus clausulam generalem; se rem vendere cum *juribus, commodis ac servitutibus ad eam rem spectantibus.* Ejusmodi clausulam, quae in stylum complemeoti notarialia abiit, non posse venditorem tueri a praestationibus rerum, quibus ex natura contractus teneatur, nec ideo his verbis ullam inesse vim majorem, quam venditor habeat, si onus celatum sit, dicendum videtur. Nam quae *tacite* sequuntur, ea celata non praestant in id quod interest actionem, quasi ex evictione, *l. pen. de Eviction.* sed quanti minoris actio datur indistincte ex reticentia, sive nihil dictum, sive ejusmodi clausula generalis subjecta sit. *l.* 1. §. 2. *de Ædil. E.* Idem juris esse quando ejusmodi clausula, cum respectu ad servitutes adjecta est, ex supra dictis *num.* 7. intelligi potest. Plane talia, quorum emptor non nisi supina negligentia ignarus esse poterat; ejusmodi clausula continentur, haud ita in caeteris, quae communiter inesse non solent et notabile praeferunt gravamen, quemadmodum si fundo vendito, cum generali ista clausula, doin compertum sit, decem aureorum reditum annuum ei esse impositum, teneri venditorem in id quod interest eo nomine, merito judicatum esse, Nauta noster, ut *habent excerpta mea*, sine historia facti, memoriae prodidit. Non abludit hinc sequens facti species, de quo disputatum apud Curiam. Praedium rusticum erat venditum, id est *complexio agrorum, qui pariter omnes ad unam villam spectant, cui domus*, ut solet, *ad coloni habitationem erat imposita.* Non erat in conditionibus expressum, an superficies illa sive domus rustica, simul venderetur, nec an fundus illa superficie gravatus esset, sed clausula modo dicta generalis aderat. Colonus venditione facta, potebat ab emptore pretium sive taxationem aedificii; emptor ad venditorem reversus; Tu hoc gravamen superficiei, (quod est maximum et agri quandoque pretium aequat) inter onera non posuisti, inquit; idcirco teneris ad hoc praestandum. Ille vero; Vendidi tibi fundum tot jugerum, cui superficies cedebat ut accessio. Superficiem agro esse impositam probe scivisti, taxationem ejus esse onus agris impositum, noveras et norunt omnes: hoc igitur sub generali clausula comprehensum intelligi debuit. Contra emptor urgere, tam enorme gravamen specialiter exprimendum fuisse, ut exprimi solet inter conditiones, *sintne agri superficie gravati*, vel, an superficies accessura sit *in de koop versmolten*, ut vulgo; denique, emptori non constitisse, utrius superficies fuisset, venditoris an coloni: ergo se de eo non posse, venditorem debere teneri. Quod ita visum est Senatui, secundum ea, quae praedicta sunt, et quia in dubio conditionum ambiguitas contra venditorem explicatur. *l.* 39. *de Pactis.* In causa *Viri Amplissimi A. H.* contra *Petrum Schotanum Consulem Franequeranum*, *in qual. d. XX. Oct.* 1680.

11. Porro evictionis actio tam est necessaria, ut tametsi promissa non sit, a venditore nihilominus praestanda sit; imo, ut olim, ad duplam, si per errorem facta fuisset simplaria promissio, compelli poterat, ut supra ex *l.* 31. §. 20. *de Ædil. Ed.* hodie saltem in id quod intersit, actione ex empto, *l.* 6. *C. h. t.* Etsi autem, cum illa sit Praetoria stipulatio, fidejussore confirmanda videbatur, *arg. l.* 7. *de Praet. stipul.* nusquam tamen plus stipulatione, quod putem, requiritur; nisi periculum evictionis evidens immineat, tunc enim satisdatio respectu ejus periculi exercetur; in *l.* 24. *C. h. t.* quod tamen nulla ratio ad omnes casus improvisos extendi permittit, ut multi volunt, merito a Curia nostra apud Sandium improbatl. *l.* 3. *tit.* 4. *def.* 9. Quid si pactus sit venditor, ne de evictione teneatur? Ad pretium tamen restituendum teneatur, quia bona fides non patitur, ut emptor et rem et pretium amittat, *l.* 11. §. *ult. de Act. empt.* (1) unde e contra, bene pacisceretur, ut ad pretium dumtaxat teneatur, non ad id quod interest praeterea, *l.* 23. verb. *si aliud non placuit. C. h. t.* Faber 4. *Cod. tit.* 33. *def.* 12. Consequenter, si placuerit, ut non obstante protestatione vel intercessione quacunque, teneatur emptor ad solvendum, non potest tamen ad numerandum cogi, sine cautione sufficiente, propter imminens evictionis periculum, *arg. d. l.* 11. §. *ult.* ut apud Curiam nostram judicatum refert Sandius *d. tit.* 4. *def.* 10. ubi id ampliatur, etsi emptor inde ab initio sciverit evictionis periculum; quanquam enim solutum pretium a sciento repeti nequeat, *l.* 27. *C. de Eviction.* facilius tamen possidenti damus exceptionem, quam re amissa repetitionem. Cujac. 18. *obs.* 10. Facilius quam praedictis casibus postulari potest cautio ab eo qui promisit, se pretium ob periculum evictionis non esse *consignaturum*, quod frequenter

(1) *Veriorem putem sententiam Henr. a Suerin qui in* lib. repetit. lectioo. jur. cap. 43. *in thes. jur.* D. Otton. tom. 4. *exponens* l. 11. §. ult. de act. empt. *defendit, venditorem, qui pactus est ne de evictione teneatur, nequidem ad pretium restituendum teneri. Et haec sententia, modo recte exponatur sensus Ulpiani in* l. 11. § ult. de act. empt. *liquido ex eo textu probatur. Consule eund. Henr. a Suerin loc. cit.*

conditionibus publicarum venditionum inseritur. Valet equidem pactum, ut pretium consignare nequeat, etsi periculum sit in conspectu, ut Curia judicavit inter partes nobiles, *ante ferias Pentecost.* 1680. salva tamen cautione, *de qua dictum* Quid autem si cautio non praestetur? Emptor sine debita securitate solvere non cogitur; ideoque rem in consignationem desinere oportere. Denique, si plane constet, rem esse alienam, ante solutum pretium, verius est, emptorem non cogi ad solvendum, etsi cautio in eventum evictionis offeratur, quia quod res aliena vendi posse dicitur, respectu venditoris, qui ad tradendum et cavendum tenetur, accipiendum est, non ut emptor rem manifesto alienam recipere cogatur, ut recte Tulden. *ad tit. C. de Act. empt. n.* 3. quod de re alii oppignorata dicendum non est, ut monet Faber *d. def.* 12. Adde Carpzov. *P.* 2. *C.* 24. *def.* 31. 32. 37.

12. Memorabilis est proprietas evictionis, quod ad ejus observationem plures venditores aut haeredes in solidum teneantur, et rursus, unicuique pro parte haereditaria praestatio incumbat, *l.* 85. §. 5. *et l.* 139. *de V. O.* quae res pene contradictoria, videndum, an hoc modo explicari possit. Defensio cum sit factum, dividi non potest, ideoque singuli ad illam in solidum tenentur, singulisque ita in solidum fit denunciatio, cui si unus se subducat, omnes defugisse videntur, et tamen quando ventum est ad praestandum id quod interest, non nisi pro partibus singuli tenentur. *dd. ll.* Qua in re igitur consistit exitus hujus obligationis in solidum? Si enim quisque pro parte sua solvendo id quod interest, in quod definit evictionis actio, defungi potest, quem effectum habet, quod in solidum singuli teneantur? Dicendum videtur, si cunctis venditoribus aut haeredibus sit denunciatum, et si quidam adfuerint, alii non venerint, nihilominus *esse denuciatum*, ut omnes de re evicta in id quod interest teneantur. Praeterea, quando unus deficit non solvendo, reliqui pro illo solvere debent, servatis tamen inter se portionibus haereditariis, pro quibus etiam in id quod interest sunt conveniendi, quae videtur esse mens verborum *d. l.* 139. *in fino. Sed cum uno defugiente, omnes defugisse videantur, ideoque omnes teneantur, unicuique pro parte haereditaria praestatio incumbit.* Atque hoc intellectu si petatur a pluribus, ut evictionis ergo singuli caveant in solidum, non habent recusandi causam, ut Gailius in Camera judicatum refert in *lib.* 2. *obs.* 14. *pr.* Aliter circa eamdem quaestionem judicatum est a Curia nostra apud *Nautam*, in hujusmodi causa. Venditor creditori suo dederat cessionem in partem pretii, quod cum is ab emptore peteret, hic sibi a creditore caveri petebat in solidum. At is pro parte sua cautionem in causa evictionis offerebat, et judicatum est sufficere oblationem cautionis pro portione pecuniae, quae illi de pretio cessa fuerat, in causa *Rombt Jelles*, contra *Goslyk Heerma*, *d.* 15. *April.* 1636. Cujus judicati, Camerae Spirensi in speciem contrarii, haec ratio esse videtur eaque optima, quod creditor originaliter ad defendendum non tenetur, sed venditor, dum ille nihil ex cessione quam jus petendi partem pretii consequitur; quod antequam percipiat, emptori cavere debet, eum secure soluturum. Atqui restitutio pretii et ejus quod interest, divisionem recipit *per ipsos textus laudatos.* Ad factum defensionis creditor in se recipiendum non tenetur, sed venditori denunciandum est, cujus obligatio dividi non posse dicitur in *ll. praedictis.* Supponendum autem, utili actione per cessionarium eo casu actum fuisse, per ea, quae diximus *Part. II. pag.* 175. *n.* 2.

13. (h) Habuimus causas et naturam Evictionis; sequitur modus actionem ejus instituendi ejusdemque actionis effectus. Ad modum pertinet *denunciatio* cum suis sequelis, † *l.* 23. *C. h. t.* quo respectu, fatendum et jam dictum est, *moribus hodiernis* adhuc superesse

(h) *Pos.* 11. *et* 13.

† Litis denunciatio in possessorio summarissimo, et mandato rei illicitae, locum non habet; in aliis causis octo saltim diebus terminum praefixum antecedere debet, rationibus a denunciante adjectis, quo facto judex ex officio alium terminum Saxonicum constituet, praeter partes, litis denunciatum, additis libelli et litis denunciationis copiis, etiam sub poena *Tit.* 1. *O. P. S. E. I. et E.* injuncta, citari curabit; litis denunciato non comparente, poenam exiget, et super litis denunciatione, ut juris, pronunciabit; litis denunciatum comparentem, sed in causa principali denuncianti se jungere nolentem, non coget, nisi tamen expresse ad hoc se obligavit, causa finita litem denuncianti etiam victori, impensas a denunciato restitui jubebit; invito actore litis denunciantem e judicio et lite haud dimittet, huic tamen litis denunciatus, vel compulsorialibus et requisitorialibus decenter a denunciante impetratis, omnia atque singula documenta, ad litem principalem adjuvandam idonea, cedet. *O. P. S. E. I. et E. Tit.* 14 §. 1. Reus litem legitimo et modo memorata ratione non denuncians, in progressu litis ea amplius uti nequit, nec denunciandus seu auctor de evictione eidem tenetur; nisi clare pateat, auctori exceptiones aut adminicula fuisse nulla in manifesta causae injustitia, quo casu, si in ipso procedendi modo a reo nihil peccatum est, hic eum, a quo rem habet, ad evictionem praestandam adigere, nihil impeditur. Litis etiam denunciatus, si rite facta denunciatione exceptiones suas denuncianti non suppeditavit, illis adversus hunc evictionis praestationem postulantem uti, penitus prohibetur, *d. Tit.* §. 2.

notabile discrimen inter actionem evictionis et alteram ex empto; nam ad hujus effectum denunciatio nusquam requiritur. Evictionis actio, si nulla denunciatio litis ab alio motae praecesserit, nulla datur adversus venditorem; quae res facit, ut pleraque *superius* de usu utriusque actionis distincte collocata, etiamnum observanda sint, nec ignorare liceat, quando simpliciter empti, quando de evictione sit agendum. Quam primum igitur emptoribus eorumve haeredibus actio movetur, per quam res vendita vel pars ejus notabilis avocari quest, emptor venditori vel ejus haeredibus denunciare debet sibi litem esse motam, et commonefacere, ut ipse liti adsistat. *l.* 29. §. *fin. h. l.* 23. *C. eod.* De hac denunciatione primo quaeritur; quo tempore sit facienda? Diximus, quam primum eam fieri debere, et quidem ante litem contestatam id satagendum docet Labeo *l.* 29. §. *pen. de Leb.* 3. ubi, *prius quam judicium accipiatur*, quibus verbis designari litis contestationem, non est dubium, *l.* 30. *de Judic.* Brisson. *de V. S. voce Judicium.* Postea tamen usu receptum videtur, ut denunciatio quovis tempore facta valeat, dum tamen ne prope ipsam condemnationem fiat. *l.* 29. §. *ult. h.* Textibus hisce conciliandis, quidam adhibent distinctionem inter causam onerosam et lucrativam. Alii, Exceptionem esse in legatis. Alii, verba *judicium accipiatur* significare tempus sententiae, ut videre licet apud Wissenbach. *h. th.* 20. Nobis id, quod dictum, simplicius videtur, requisitum denunciationis esse, ut in principio litis fiat, cum alias venditor, cujus res agitur, judicio rite suoque commodo adsistere nequeat. *d. l.* 29. §. *fin.* Habere tamen hoc praeceptum civile laxamentum, ut ne statim nulla sit denunciatio, * si post litem contestatam fiat; modo justum defensionis spatium venditori non subtrahatur. *l.* 29. §. *ult. h. t.*

14. Denunciationis venditori faciendae scopus non unus est. I. Ut venditori litis motae certior fiat, idque est *laudare* venditorem. *l.* 63. §. 1. *h.* II. Scopus est, ut venditor adsistere possit liti; *venditore praesente* judicetur. *d. l.* 53. §. 1. Alibi, auctoris haeredibus *adsistere negotio denuncia. l.* 23. *C. h. t.* Item, *ut de re agenda adsit. l.* 29. §. *ult. h. t.* III. Ut venditor emptorem instruat. *l.* 53. §. 1. IV. Quartus scopus est, ut venditor emptorem defendat. *l.* 49. *in pr. de Jud. l.* 75. *de Procurat.* V. Quintus finis est, ut emptor animum suum capiendi regressum contra venditorem testetur, quod ex iisdem textibus omnique *hujus tituli argumento* elucet. Ex his rationibus apparet, esse verissimum, quod satis frequenter ab interpretibus traditum est, venditori quanquam litis motae gnaro, nihilominus esse denunciandum, ut adsistat liti, ut instruat emptorem, eumque defendat. *l.* 53. §. 1. *h. t.* Fachinae. 2. *controv.* 35. Perez. *ad tit. C. h. t. n.* 28. Wissenbach. *ad h. t. n.* 19. In fidejussore, qui pro evictione spopondit, exprimitur, *etsi jam. ignoraverit in l.* 7. *C. h. t.* de venditore ubique leges indistincte loquuntur. Atque ex his facile potest responderi ad *l.* 1. *in fin. de Act. empt. R.* 31. *de R. J. in* 6. *ubi; qui certus est, non debet certiorari etc.*

15. (i) Imo nec temere Bachovius *notis* ad Wesenb. *h. t. n.* 5. vix putat admittendam limitationem, quam alii suggerunt: *Nisi causa notorie injusta et desperata fuerit.* Superiores enim rationes eam vix admittunt, si modo termini habiles litis adsint.

Scholium.

Priores eam admittunt, non tamen quinta, quam Auctor in eo consistere dixit, ut emptor animum suum testetur capiendi regressum adversus venditorem. Sed quod hanc rationem concernit, desidero textum. Et satis testatus est animum suum capiendi regressum emptor in stipulando de evictione, juri autem exinde quaesito non potest colligi renunciasse; per omissam denunciationem; renunciationes siquidem sunt stricti juris. Placet igitur potius dissentientium opinio, quos inter est ipse Wissenb. d. l. arg. l. 11. §. 12. de Act. empt. Adde *Carpz.* Proc. tit. 4. art. 4. n. 32. et 38.

Responsio.

Textum in eam rem non desideret, qui legit, ubique emptorem id agere denunciando, ut indemnis a venditore et ejus sponsore praestetur. l. 27. et l. 23. C. h. t. *Idem caeterique Textus omnes dant actionem de evictione post denunciationem, nunquam aliter. Qui omisit antecedens necessarium, consequens adipisci qui possit? Denique ad formam negotii pertinet denunciatio, qua neglecta, effectum ejus cessare oportet. Textus absolute loquuntur, si denunciatum non sit, nulla est evictionis actio, sine ulla limitatione,* l. 8. et l. 20. C. h. t. *quam proinde nobis adjungere non licet. Generalis intentio, quam in evictione*

(i) *Pos.* 12.

* Et ita etiam placuit Legislatori Saxonico, *es werde gleich vor oder nach der* Litis contestation *gesuchet. O. P. S. tit.* 14. §. 1.

stipulanda testotus ost emptor, ut Thomasius arguit, in hypothesi easuque speciali sufficere non potost. Vidotur litem suam feeisse, qui rem alieni periculi ad se solum adeo pertinere voluit, ut ne eertiorem quidem eum, ad quem maxime spectabat, faeiendum putaverit.

N. Aonit.

Hie mutat Auetor seenam, et cum assertionem suam antea ex rationibus legum probaro voluisset, is a nobis partim rejectis partim dubias esse probatis, eum textum pro salvanda rationo afferre non posset; jam ad verba legis generalia, omissis rationibus provocat. Quibus nihil aliud repono, quam, Jurisprudentiam nostram esse rationalem, et seire leges, non esse verba earum nosse et brocardico absurdo Glossae: Quod lex non cantat, noe nos eantare debemus.

Adhaerere, sed vim earum, et potestatem ex rationo potissimum hauriendam intelligere. Est ergo petitio principii, quod in hoe casu emptor videatur rem sui perieuli feeisso. Denique quod in sequentibus ab Auetore additur: Male consolitur tam praepostera disceptatione, suo in tempore et in loco omissa, *id minime persuadit. Non est dieenda praepostera disceptatio alieno temporo et loco facta, ubi jam agitur de obligationo venditoris. Hie Rhodus est, et adeo locus et tempus convenions, ubi saltandum sit.*

Accedit baec ratio, quod etsi res liquida videatur, oemo tamen defonsionibus suis praecludendus, nac quisquam inauditus sit condemnandus, quod fieret, si re non defensa, venditor ad praestandum teneretur. Tu dices; Audiotur, si ab emptore conventus rationes habeat, propter quas potuisset non coodemnari. Sed male consulitur tam praepostera disceptatione, suo in tempore et in loco omissa; juri eonvenientius et expeditius est, una lite defungi, neglecta denunciatione, non quaerere de meritis causae; jura vigilantibus soripta oensere. Sane quoties ab emptoribus aetio mota est, adversus auctores suos, vel eos qui roceperant se praestituros, *ut solutio facta bene verteret*, nunquam hanc distinctionem, qualis causa fuerit, adhibitam vidi, sed quotieos lis foerat et omissa denunciatio esset, regressum non dari ita existimatum ost, ut non meminerim, inter partes vel inter judicos ea de re contradictorie disceptatom esse; omnes pro certo babere visi sunt, denunciatione nulla existente, fundamentum, initiomque eviotionis deficere. Neo temere dixeris, si denunciationis praescriptum e judicom arbitrio suspendas, ita ut illa, quoties causa manifosto inique judicetur, non sit opus, cjus observantiam valdo fluctuaturam, neo amplius legis, sed quasi judicis arbitrarium fore requisitum. Haeo ita, inquam, quotieseumquo litis materia fuit; nam si indo ab initio res sit in terminis. *Notorietatis*, ut sio loquar, evidentia indubitabili, oonfessione venditoris, aut re prius judicata, ut nulla species litis appareat, non negem, possessori rem suo domino sine lite vel denuntiatione, licet haec omnino sit tutior, restituere licere, per *l.* 31. §. 1. *Doposit*, Constal. ad *l. dietum*. 56. *h. t.* quo modo si dissentientes eausam *notorie injustam et desperatam* intelligant, per me nullus remaneat dissensus.

16. Ex iisdem denunciationis finibos intelligitur, quid deonnoiatio eontinere debeat. 1. Significationem litis, quae, a quo moveatur 2. Postulationem, ut venditor adsit et absistat liti. 3. Petitionem, ut venditor emptorem instroat. 4. Ut eum defendat. 5. Testationem emptoris sive expressam, sive implicitam, oapiendi regressom contra venditorem, si res evineatur, qua gratia denunoiationem unice in eventu institui constat. Quo autem hoc effactu denuncians potiatur, raceptum est, ut venditori, juxta denunciationom, praefigat diem, quo in jus veniat, ut videat denunoiantom do effectu denunciationis suae protestari, et si quid habeat, quominus denunciatio valere debeat, id proferat, super quo, si opos, judicio disceptetur. In jus quidem vocatio in legibus eo fine prodita non legitor, cum nihil in iis, quam denunciatio memoretur; unde pupillis, etiam solis, facta valet, *l.* 56. §. *ult. h.* quod ab in jus vocatione alienissimum. *l.* 22. *pr. de In jus. voc.* Veromtamon optime subservit ei, quod ex legibus antea comprobatum est. Vulgo autem in Foro, non modo protestantur de effeetu denunciationis, sed etiam petunt venditorem condemnari, ut liti adsistat et pro se interveniat, totumquo judioium in se transferat: quod etiam adeo receptum videmus, ut in eam rem condemnationes omni die fiant, ad hoc, ut venditores pro emptoribus interveniant; quam vetere praxi nescio, Sandius eam ignorasse videtur, quando ita seribit in *lib.* 1. *tit.* 1. *def.* 5. Haec ita, *Quando venditor PARATUS est defensionem suscipere. Quid autem, si venditor alleget, se non teneri ad auetoritatem, nec teneri suscipere defensionem, vel alioqui emptorem defendere NOLIT.* eoque casu docet, venditorem apud alium judinem et quidem suum proprium, ad obtinendum denunciationis effectum, esse conveniendum: quod nunc in eodem Foro et eadem instantia satagunt: nae adeo nefas esse putem inquirere, an non ista agendi methodus, ultra quam juris ratio ferat, provecta fuerit. Credimus enim, verissimum esse, quod Castrensis ad *l.*

Venditores de V. Obl. et theoriae simul atque praxeos peritissimus Scriptor Joannes Gutieres *de Contract. jurat. c.* 61. *n.* 11. probarunt, venditorem non posse condemnari ad interveniendum pro emptore, nisi ad hoc specialiter se obligaverit, ut dicere occupavimus, *ad. tit. de Procurator. in fin. Part. II. pag.* 175. Rationes habemus, 1. quod actio de evictione nulla detur, nisi quando res evicta est: *Si res evincatur, si evicta est, habet regressum emptor in venditorem. l.* 1. *pr. et in fin. h. t.* Nec empti neque ex stipulatu actio dari potest in venditorem, nisi commissa fuerit stipulatio. *l.* 16. §. 1. *et l.* 21. §. 1. *h. t.* Atqui in illa stipulatione nihil est, nisi quid praestiturus sit venditor, si res evicta fuerit, *si aliena* reperiatur. *dd. ll.* Ideo *qui rem emit, quamdiu evicta non est, auctorem suum convenire non potest*, habetur in *l* 3. *C. h. t.* Manifestum igitur est, stipulationem evictionis causa praestari solitam, nihil aliud, quam quod diximus, continere; non defensionis ante litis exitum necessitatem, nec ejus quod *interest* praestationem, quamdiu non appareat, rem alienam esse venditam. Empti quoque actio (haec *secunda* ratio) non tenet venditorem, quamdiu nihil ipsi potest objici, quasi praestanda non praestiterit. Non recipit in se, quod nemo litem sit moturus; hoc in potestate non habet, et esset fortuiti casus praestatio, ad quem ut nemo, ita venditor non tenetur, cum emptor etiam ante traditionem ferat casus fortuitos. *l.* 8. *de Peric. et comm. rei vend.* Quae haec esset iniquitas? Rem tibi vendidi vere meam; sunt homines importuni, a quibus tibi lis ea de re movetur. Quoties illi te vocant, ego judicium pro te suscipere, quod non promisi, cogar; imo tuus hic casus est, quem feras oportet. Si liqueat, rem petitoris esse, tum denique casus, quem ego repromisi, extat: meam rem me vendere dixi; non est mea; commissa est stipulatio; res loquitur teneri. Si non liqueat, me vendidisse rem alieni juris, nulla causa me facit obnoxium. Quid vero? *Tertia Ratio.* Si absolutus sit emptor, compensatis expensis, non teneri venditorem ad impensas ei refundendas, cum ipsi nihil imputari possit, recte Wissenbachius noster ex Cujacio ad *l.* 102. *de V. O.* statuit *th.* 25. *h. t.* Quod si judicium suscipere cogeretur, ad impensas per consequentiam semper teneretur. His adde pro *quarta* ratione, quod emptor ubique, nusquam venditor, judicium evictionis sustinere dicitur. *Defensio competit emptori, et hic PATI potest, venditorem vel creditorem pro se litem suscipere*, traditur in *l.* 63. *vers. Scientibus. de Re Judic.* Fit equidem denunciatio venditori (haec est objectio) ad hoc, ut emptorem defendat, *l.* 49. *de Judic. et l.* 74. §. 2. *h. t.* quoniam ipsius maxime interest. Verum si ille vel negligat, vel supervacuam putet operam suam, potest quidem fieri, ut sibi forte praejudicet, verum absolute cogi ut adsistat non potest: si adjungat se pro eo quod interest sua, emptoremque instruat, ab eo prohiberi non potest; cogi posse, nusquam dicitur emptor. *l.* 19. *C. de liber. caus.* Forte alicui magis obstare videatur *l.* 75. *de procurat.* ubi *in fine; nihil prohibet, dominum rem petere, et COGI venditorem rursus defendere.* Sed jam ad *d. tit. de Procurat. pag.* 155. *Part. II.* defensores necessario bifariam vocari diximus, *absolute* tales, vel *secundum quid.* Absolute tales, qui ad interveniendum pro aliis caussamque defendendam se diserte obligaverunt; hi praecise *coguntur.* Secundum quid necessarios defensores esse, auctores, contra quos rei damnati habent regressum, ut sunt venditores in casu evictionis, et debitores, qui res alienas pignori dederunt: qui omnes, cum ad illos periculum redundet, si rem bene curare sibique consulere velint, emptores, saepe ut in re alieni periculi negligentius agentes, *defendere coguntur*: non absolute, aut inviti, sed re ipsorum ita flagitante, qui plane sensus in *d. l.* 75. elucet. Plane qui dissentiunt, nec enim desunt, ita demum obtinere probant coactionem, si venditor ad defendendum vocetur per modum *actionis plenae*, non si per modum *denunciationis* conveniatur. Nicol. Burgund. *tract. de Eviction. c.* 49. *n.* 4. Atqui id ipsum negamus, (proinde sit haec *quinta* ratio) venditorem ante rem evictam plena actione posse conveniri, *per d. l.* 3. *C. h. t.* Nam conveniendi verbum in *d. l.* 74. §. 2. est generale, conveniens etiam simplici denunciationi. *l.* 10. §. 5. *quae in fraudem Cred. et l.* 122. §. 5. *de V. O. l.* 10. *C. de pignor.* Evictionis causa nusquam aliud quam denunciatio proditum legitur.

17. Caeterum, pro speciali obligatione ad interventionem, quo casu venditorem cogi nulla dubitatio est, *l.* 35. §. 3. *de Procurat.* haberi posse talem promissionem, *curabo, ut omnis absit molestia et turbatio*, facile concedimus referenti Stackmanno *decis.* 102. Nam iis verbis lites et processus, quibus nihil molestius, comprehendi, non potest dubitari, qua de re videndus Tuscus *vol.* 5. *Conclus.* 37. ubi tractat, ad quid teneatur, *qui molestiam non dare promisit.* Non abludit hinc usus vocis gallicanae *guaranderen*; quod etiam ita usurpatur, ut Stackmannus *ibidem* haec verba, *de ne vouloir point guarantir*, explicat his verbis, *se nolle causam defendere.* Sed revera vox illa, quae nostratibus frequenter in usu est, nihil aliud in nativo sensu quam *evictionem praestare* significat. Nam *guarand* est auctor, a quo rem

habemus, quo nitimur et qui periculum nobis praestare debet: unde ex Anglia frequens illud *Quo guaranto*, seu *waranto*, audivimus, id est, unde jus hoc tibi vindicas? *Quo auctore id agis*, *id juris exerces*? Idcirco non immerito nostrates, qui plenius sibi consulunt, post *guaranderen* addunt, *et in judicio pro me intervenire*, sive explicandi, ut fere putant, sive ampliandi causa. *vid.* Calvin, in *Lex.*

18. Porro ex his intelligimus, emptores, qui rem simpliciter emerunt, non posse a venditoribus exigere, ut promittant, se pro ipsis interventuros in judicio, verum posse defungi eo, quod emptionis venditionis natura postulat, ut promittant, se praestituros evictionis periculum, vel etiam, ut pro evictione *caveant*, *sub hypotheca bonorum suorum*, quae est formula nostratibus usitata. Nec si venditor haec praestet, emptor quominus solvat pretium, habet recusandi causam; quia nusquam plus in legibus exigitur, nec opinor, hactenus in usu nostro; verum si quis instrumentum venditionis in ordinaria forma, munitum ejusmodi super evictione clausula, dare paratus sit, quominus ille pretium potat, nihil obstare crediderim, etsi verum sit, ex usu nostro clausulam evictionis desinere in interventionem. Porro ita videtur addendum, ea, quae disputavimus, non obstare, quominus emptor, *si ante solutum pretium notabile evictionis periculum immineat*, pretium retinere possit, dum venditor ipsum hujus litis respectu, ab omni molestia liberet, secundum ea, quae de cautione hoc casu exigenda diximus *ante*. Quod si absque praesenti evictionis periculo vel concursu creditorum, offerat instrumentum venditionis, cum cautione evictionis, sine interventione, emptor ad solvendum compelletur: quin etiam ex causa promissio interventionis expressa inde ab initio peti potest, ab iis, qui sine promissione de evictione prorsus non tenentur. Exemplum; emerat aliquis praedium hominis obaerati, cujus creditores pecuniam erant accepturi. Quisque in ordine suo petebat ab emptore pretium ad concurrentem pecuniae sibi debitae quantitatem. Emptor ajebat: se esse paratum, si caverent sibi de periculo evictionis, et quisque promitteret in casus litis, interventionem. Creditores offerebant apocham cum cessione juris sui et cautione, quod solutio contra quoslibet ei bene verteret; interventionis necessitatem, cum nec ad evictionem praestandam creditores tenerentur, declinabant. Judicatum est, emptorem non cogi ad solvendum, nisi creditores interventionem promisissent, *in causa Elisabethae Heidema cum sociis, creditoribus Secretarii Hettinga, contra D. E. V. a Claerbergen, ante ferias Pentecost.* 1680. Merito enim creditores qui venditoris loco pecunias appetunt, ad hanc cautionem, pecunia nondum soluta, teneri videbantur, quia non simplex erat periculum evictionis, sed etiam, ne non ordo creditorum male servatus esset, ne quis alius potior emergeret; neque postulandum erat ab emptore, ut se tot litibus, quot inde extrinsecus, extra respectum inter se et venditorem oriri poterant, objiceret.

19. (k) Caeterum, quando venditor ab emptore denunciatus, liti vel adsistere vel eam defendere non detrectat, ad forum emptoris, cujus est propria causa, licet ipse reus futurus, venire cogitur; cum ipsius causa tantum sit accessoria, *l.* 49. *de Judic. l.* 35. §. 2. *de Procurat. l.* 19. *C. de Lib. caus.* quod si plena actione, non per denunciationem, conveniretur, negandum est, venditorem ad aliud quam ad suum forum venire compelli, nec id legibus usquam proditum. Quis enim legit, plenam super evictione, nisi post rem evictam, dari ullam actionem? Nec aliter Sandius *d. defin.* 5. Quod si verum, ut est verissimum, evanescit distinctio; quod venditor ad interveniendum cogi possit, si plena actione conveniatur: non cogi, si per denunciationem procedatur, ut volebat *Burgundus*. Sola denunciatione et protestatione de effectu denunciationis opus est, nec aliud, inquam, legibus proditum monstrari potest.

20. (l) Sed pergamus ad casus quibus cessat actio de evictione; quorum unum, si creditor pignus jure creditoris vendiderit, absolvimus ad *tit. de Distract. pign.* ubi limitationem re judicata firmatam adjecimus; scilicet emptorem tamen, imminente evictionis periculo, non teneri ad pretium solvendum, nisi cautione pro imminenti periculo praestita; quemadmodum etiam, si creditor evictionem promiserit, ut plerumque fit in rebus soli. quia nemo aliter ab illis emere velit, sine dubio tenebitur. Sicut etiam qui ab debitore emit, si creditores utili hypothecaria pretium petant, non teneri ad solvendum, *nisi cautione praestita*, modo intelleximus. Quid si emptor sine cautione solverit creditoribus venditoris, et deinde ab aliis potioribus directa hypothecaria conveniatur; an adversus eos, quibus solvit, non habet regressum evictionis causa? Non habet, quia suum illi, idque jure creditorum acceperunt, quo casu de evictione non tenentur. *tot. tit. C. Creditor. evict. pign. non praest.* Verum est, ibi casum, quo creditor ipse vendidit, tractari; sed heic eadem est ratio. Quin et alia; quod si creditor non sit venditor, multo minus adversus eum sit evictionis actio. Sic etiam servatur apud Forum

(k) *Pos.* 14. (l) *Pos.* 7.

judicatumque est ita saepe, nominatim in causa *Alberti Ackeri*, contra *D. Reggnerum Rheen cum sociis* 29. *Jun.* 1680. et rursus in causa *nobilis matronae contra Creditores Titi Hania, ante ferias natalitias ejusdem anni.* Quod si creditores apud *Commissarium* Curiae aut alias caverint, se potioribus supervenientibus pecunias restituturos, emptor, qui sine cautione solvit posterioribus, a potiore creditore, cui denuo solvere cogitur, sumere potest cessionem adversus ordine sequentes, qui pecunias acceperant; quemadmodum in eadem causa usu venerat; eo quod mater matronae emptrix, a quibusdam cessionem, ab aliis non acceperat: ingenti detrimento edocta, quam sollicitos oporteat emptores esse, qui ab hominibus aere alieno gravatis res soli comparant. Sane absque praevia cautione, priores creditores in pecunias a posterioribus acceptas et consumptas, nihil quod cedant, habent, ut ad *d. tit. de Distract. pign. n. ult.* demonstravimus.

Porro, sicut creditores, qua tales, pignora vendentes non tenentur evictionis causa, sic etiam tutores, curatores, procuratores, de rebus a se in ea qualitate venditis, finito officio suo non teneri, certum est, si modo qualitatem suam alieni nominis, approbent; nisi proprio nomine periculum evictionis in se receperint, secundum ea quae ad *tit. de Exercit. act n.* 4. *et seqq. Part. II. pag.* 428. diximus, quibus adde Fab. 8. *Cod. tit.* 31. *def.* 6. Costal. ad *l.* 40. *h. t.* Huc etiam pertinet casus frequens; an, cum maritus cum uxore rem ad uxorem pertinentem vendiderit, vir finito matrimonio de evictione teneatur. Si vir ut curator uxoris vendiderit, consentaneum est, eum non teneri. Sed aliter judicatum est in tali specie. Maritus et uxor vendiderant agrum uxoris ex fratris ejus haereditate, et pro evictione se obligaverant. Finito matrimonio conveniuntur ex ea causa maritus et uxoris ejus haeredes. Maritus ait, se ut curatorem uxoris, non suo nomine vendidisse, qua de re finito matrimonio se non teneri. Condemnatus tamen est, quia non in ea qualitate, verum simpliciter cum uxore vendiderat et caverat, etsi negotium appareret uxorium esse: proprio nomine locutus erat et ita se obligaverat, quod utique poterat, nec emptorem decipere debuit. *l.* 9. §. 1. *Locati.* In causa *Rienck Douwes tot Deinum*, contra *Claes Claessen cum sociis*, 1679.

21. (m) Reliqui casus cessantis ob evictionem actionis ad duo capita referri possunt: * I. Ad factum emptoris. II. Ad casum fortuitum. Ad primum caput spectant hi casus. I. Quando emptor rem *alienam*, aliive *obnoxiam*; ut addit Thomasius *positioni nostrae* 18. *h. t.* sciens esse talem, emit, *l.* 27. *C. h. t.* ubi nec pretium repetendi jus datur, si non expresse ita convenerit. *arg. l.* 1. *in fin. de Action. empti.* Non obstante *Nov.* 7. *c.* 5. ut legenti facile patebit: tamen etsi qui a creditore pignus emit sciens, habeat pretii repetitionem, *l.* 2. *C. Si vend. pign. ag.* quia debitor ipse per distractionem pignoris liberatus est. Sic etiam qui rem fideicommisso subjectam, pendente conditione sciens emit, pretium recuperare potest, non quod praeterea interest, nec ut olim, duplum. *l. ult.* §. *ult. C. Commun. de Legat. et fideic.* Idque ideo, quia tales venditiones jure sunt licitae, nec idea scientia rei alienae emptoribus, ut vitium, objici potest. *L. Statius Florus* 48. §. 1. *de Jure Fisci.* Proinde, si quis fundum habeat alii ex fideicommisso, *si sine liberis morietur*, restituendum, et susceptis liberis fundum tibi vendat. si deinde mortuis liberis extiterit conditio, tuque fundum fideicommissario tradere coactus sis, venditor tibi pretium, non id quod amplius interest, restituere debet. *d. l. ult.* Si vero fundus non evincatur, sed penes emptorem maneat, siquidem onus sciverit emptor, non habet actionem: si nesciverit, venditorque celaverit onus, habebit actionem in id quod interest, per *l.* 1. *in fin. de Action. empt.* Qua in re valent etiam praesumptiones, ut si emptor de familia, neque testamentum occultum fuerit, onus non ignorasse credatur, ut Curiae nostrae visum est in tali specie. Carolus *a Roorda* vir egregie de Republ. meritus, et Lunia *Wissema* conjuges, bona sua durante matrimonio adquisita diviserant. In qua divisione cesserat uxori domus Leovardiensis, constante matrimonio de fratre ipsius empta, sed fideicommisso a matre eorum gravata. Finito morte matrimonio, mulier a viri haeredibibus petebat id quod intererat sua, vel quod minoris erat domus, propter onus fideicommissi: sed repulsam tulit; eo quod testamentum matris ei probe fuerat cognitum, idemque fideicommissum non ignorasse praesumebatur; cui accedebat, quod apud divisionem maritus ei concesserat e communi quinque millia Florenórum

(m) *Pos.* 18.

* Addunt nonnulli, in Saxonia actionem ad evictionem praestandam non dari adversus Judaeum, *a. L. R. t.* 3. *art.* 7. Zobel. *P.* 2. *diff.* 31. n. 17. sed non receptum esse hunc articulum apud nos, bene monet Philipp. *ad dec.* 87. *Obs.* 3. *num.* 14. Schulz. *Syn. Inst. tit. de obl. quae ex del.* nasc. *lit. p.* conf. Pingizer *qu.* 49. *n.* 19.

pro redhostimento, quod pars ejus deterior quam sua videretur; etsi non erat expressum, illam mantissam pecuniariam ad onus fideicommissi, cujus plene mentio facta non erat, pertinere. *Ita in causa Luciae a Vissema*, contra *Johannem a Velsen cum sociis*, ante ferias Paschales 1680.

22. (n) Ad factum emptoris quoque pertinet, si dolo, contumacia, negligentiaque sua contigerit, ut vinceretur, vel quominus denunciatio fieret, *l.* 55. *pr. et* §. 1. *h. t. l.* 8. *C. eod.* item, si cum appellasset, fatalia praeterire passus sit, *l.* 63. §. 2. vel usucapiendi occasionem praetermiserit. *l.* 56. 3. Denique, si emptor in arbitrum compromiserit et contra eum data sit sententia, nulla ipsi actio de evictione danda est adversus venditorem, *l.* 56. §. 1. ubi additur haec ratio; *Nulla enim necessitate cogente, id fecit.* An haec ratio faciet, ut excipiamus casum, si emptor docere queat, se ad evitandos sumptus et incommoda longae litis id facere coactum? Non videtur; non enim ipsi de causa alieni periculi laborandum erat, sed post denunciationem venditori hoc suo arbitratu administrandum permittere debuerat. Ipse compromittendo rem suam facere visus est, quia nemo compromittere potest, nisi de rebus, quarum ipse liberum habet disponendi arbitrium, ut probatum est ad *tit. D. de Arbitr. n.* 4. *Part. II. pag.* 210. An excipiemus casum, si plane certum fuerit, evictionem non potuisse evitari? Ne id quidem lex aut ejus ratio permittit: nec enim necessitas tali casu emptorem ad compromittendum coegit. Tu vero inde collige sis; sic compromittendo in arbitrum, emptor suum regressum amittit indistincte, causa licet desperata, nec aliud juris esse, cum denunciando supersedit, *d. l.* 8. *C. h. t.* qua de re *superius* actum est. Quid si denunciaverit emptor venditori, eum ad arbitrum iret? Venditor impune non parebit; etenim extra compromissum arbiter nil nisi privatus est. Plane si venerit atque adstiterit, ex consensu suo quin teneatur, nihil obstat. Ex argumento hujus legis 56. §. 1. emptorem, si transegerit, juraverit, vel confessus amiserit actionem, aeque regressum ex causa evictionis amittere, tradit ex communi sententia Costalius ad *hunc* §. et recte opinor, cum sit eadem ratio.

23. (o) Sequuntur casus fortuiti, propter quos evictionis actio cessat: ut si res, antequam evincatur, sine dolo emptoris perierit, etsi alienam fuisse probari queat, evictio tamen cessat. *l.* 21. *h. t.* Idem erit, si fundus a fisco publicatus fuerit. *l.* 11. *h. t.* Denique, si per injuriam vel stultitiam judicis manifestam victus sit emptor, evictionis actio cessat. *l.* 5. *et l.* 51. *h. t.* Verum in dubio pro sententia praesumitur. *l.* 15. *de Stat. hom.* Si vero enim praesente venditore, iniqua sententia fuisset lata, nec is appellasset, magis est, ut emptori regressus contra venditorem daretur, ait Costalius ad *hanc l.* 21. quae est insignis limitatio ex *l.* 63. §. 1. *h. t.* quod rursus argumento est venditores denunciatos non semper adstitisse, nec adeo coactus fuisse adsistere liti. Simul hoc inde percipimus, e venditore nihil amplius exigi, quam ne rem alienam aut alteri obnoxiam vendiderit; non etiam, ne alius emptori litem injuste moveat, cujusmodi factum tertii non magis venditori, quam judicis injuria nocere potest. Ideoque si absolutus sit emptor, nulla causa est, ut ed impensas, vel ad onus defensionis, antequam liqueat, stipulationem evictionis esse commissam, teneri dicatur; qua de re *similiter* actum.

TIT. III.

DE EXCEPTIONE REI VENDITAE ET TRADITAE.

(a) Superiore capite traditum est, quid juris sit, quando res aliena vendita vindicatur et evincitur a domino, actione contra emptorem, cujus periculum in venditorem redundat, instituta. In hoc titulo de re quoque vendita, sed quam ipse venditor repetit, agitur. Si quaeras, quo praetextu venditor rem a se venditam evincere possit, hoc accipe; si, cum venderetur, res quidem aliena, sed deinde venditoris facta fuerit. Ait venditor, se esse haeredem domini, a quo vivo res evinci potuit; ergo et a se posse, cum haeres in omne jus defuncti succedat. Sed fortior est ratio, quod ipse vendiderit, nec suum factum alio jure subvertere possit, ideoque repellitur *exceptione rei venditae et traditae. l.* 1. *pr. h.* Quin imo si ipse venditor dominum rei haeredem reliquerit, huic factum defuncti obstat, ne venditionem rescindere possit. *l.* 1. §. 1. Quae cum ex contractu sit exceptio, datur etiam haeredibus et contra haeredes, *l.* 3. *in pr et* §. 1. Nocet etiam fidejussori, ut si hic pro valore venditionis spoponderit, et deinde rei venditae, quae tunc erat aliena, dominus sit factus, ipsi rem evincenti obstet exceptio. *l.*

(n) *Pos.* 19. (o) *Pos.* 15. 16. *et* 17. (a) *Pos.* 1. 2. *et* 3.

11. *C. de Evict.* Quid si haeres ejus, dominium rei venditae oactus, aliunde quam a Fidejussore, eam evincere velit, ao potest? Ex analogia juris non poterat: debet enim praestare factum defuncti, nec potest evertere contractum, pro quo fidejussor, cujus haeres est, ipse spopondit, *arg l.* 42. *de R. J. l.* 2. §. 2. *de V. O.* Sed lex hanc consequentiam praecidit, haeredemque fidejussoris hujus exceptionis rigori exemit, *l. ult. C.* de *Eviction.* quae cum sit exceptio, minime tollit regulam ita dictantem, fidejussor etiam haeredem relinquit obligatum, §. 2. *I. de Fidejussor.* contra quam virum doctum aliquando, sed in propria causa, meminimus adseverate contendere, sed invita Themide atque Suada.

(b) Æquitatem in *d. l. ult.* desiderant aliqui notante D. Wissenb. ad *h. t.* etsi Faber ejus sententiam, ipsi juris analogiae consentaneam arbitretur, ad *d. tit. C. def.* 2. Nobis nec analogica nec iniqua videtur. Est etiam exceptio in muliere, quae fundum dotalem consensu suo venditum, sine metu hujus exceptionis, repetere potest, per *l. un.* §. 15. *C. de Rei uxor. act.* Quanquam haec proprie non est exceptio, cum venditio potius inde ab initio nulla fuerit, *d.* §. 15. *et pr. Inst. in fin. Quib. alien. lic. vel non.* Quid juris sit, quando res duobus vendita et uni tradita est, habuimus ad *tit. de Public. in rem Act.*

LIB. XXII. TIT. I.

DE USURIS ET FRUCTIBUS ET CAUSIS ET OMNIBUS ACCESSIONIBUS ET MORA.

I. Etymologia Usurae. II. Definitio. III. Divisio in tres species, an accurata. IV. An usura sit licita. V. De foenore trapezitico. VI. Usuras usurarum plane esse prohibitas, etsi debitor consenserit. VII. Etiam post sententiam et taxationem. VIII. An et in usuris compensatoriis, quae fructuum loco prestantur. IX. Mutata debitoris persona, usuras amittere σχίσιν usurarum, et rursus parere usuras etc.

(a) Superiore *libro* de appendicibus aliquot emptionis venditionisque fuit actum, nunc ad accessiones contractuum generales cum Justiniano relabimur, juxta methodum ejus arbitrariam, quae sunt usurae, fructus, causae, et reliqua, de quibus in Rubrica *Tit.* 1. quam prae manibus habemus. *Usura*, quae princeps tituli pars est, unde dicatur, non est dubium, ab *Utendo*, quia nihil est aliud, quam merces pro usu pecuniae, *l.* 58. §. 6. *ff. ad SC Treb.* ubi *usurae propter usum medii temporis perceptae.* Nec raro usura pro usu ipso sumitur: unde lucis *usura*, temporis *usura*, apud Ciceronem saepe aliosque, et usura pecuniae pro usu ipso. Unde per tropum merces, quae pro usu praestatur, usura vocata est. Vocatur aliter *foenus*; nam promiscue sumi haec vocabula, patet cum aliunde, tum ex *l.* 58. §. 2. *D. ad Sc. Treb. l.* 26. *de Pecul. leg.* Hinc foenori dare sub usuris, habetur in *l.* 11. §. 15. *de Leg.* 3. Videtur tamen foenus aliquanto sonare odiosius. Unde Cujac. *parat. de naut. foen. Foenus est, quod praeter sortem accedit lucri causa; usura quod accedit, ne in damno versetur creditor*, a quo non alienus est Paulus in *l.* 17. §. 3. *in fin. h. t.* Usura quoque nimia et illegitima, foenus magis quam usura dicatur, ut in *l.* 4. *tit. seq. ubi majus legitima usura foenus.* Dicitur autem *Foenus* vel a Graeco πόνος, quasi tu *poenam* dicas, vel a foetu, veluti τόκος, ἀπὸ τοῦ τίκτειν, vel ἀπὸ τοῦ φαίνεσθαι ἐπὶ τὸ χρησιμώτερον, *a lucri studio*, ut est apud Gellium *l.* 16. c. 12. quae tamen allusio magis, quam vera videtur esse etymologia. Quod autem foenus quandoque pro ipsa foenebri pecunia sumitur, ad rhetoricam potius quam ad grammaticam pertinet observationem. Tacitus *Annal.* 6. *cap.* 17. *Senatus praescripserat, ut duas quisque foenoris partes in agris per Italiam collocaret.* Confer. Sueton. *in Caesar.* c. 17.

2. (b) Definitionem usurae per notationem etymologicam fere praesumpsimus: *Est merces, quam debitor praestat creditori pro usu pecuniae creditae.* Pecuniam ponimus ut subjectam usurae materiam, etsi *quantitatem* D. Wissenbach. aliique malunt. Nam et aliarum rerum fungibilium accessio, usura dicitur aliquando: *l.* 12. *et l.* 23. *C. de usur.* Vel igitur pecuniam hoc latiore sensu, pro rebus pondere, numero, mensura consistentibus accipias licet exemplo veterum, teste Justiniano in *l.* 2. *pr. et* §. 1. *C. de Const. pecun.* vel a potiori denominationem intellige factam, quia sane usura vini, olei, frumenti in eadem materia, valde rari et fere subsidiarii usus est, ut docet Imp. *in d. l.* 23. *Oleo quidem, vel quibuscunque fructibus*, ait, *mutuo datis, incerti pretii ratio, additamenta usurarum ejusdem materiae suasit admitti.* Nam alioquin ut res aliae capiant usuram, pecunia aestimari solent, etiam res fungibiles, *l.* 8. *C. Si cert. pet.* vel ut in pecuniae solutionem desiturae considerantur, *l.* 3. §. *ult. h. t.* ubi aliter de rebus extra pecuniam non *sine rubore*, peti dicuntur *usurae.* Unde recipiunt interpretationem textus, qui de auro, argento facto, veste, usuras agnoscunt, *l.* 25. *C. de usur.* item in deposito, *l.* 2. *C. Depos.* quod usuras ita, ut compensationem, quatenus scilicet agitur de pretio rerum deperditarum vel deteriorum factarum, sicut alias dictum, admittit: ne quis textus, in quibus empti actio dicitur usuraria, proferat, *l.* 5. *et l.* 13. *C. de Action. Empt.* quae clare de pretio, in pecunia consistente loquuntur.

3. (c) Vulgo nec malo dividitur in tres species usura; compensatoriam, lucratoriam, et punitoriam. Compensatoria nihil est aliud, quam aestimatio ejus quod interest, ratione damni illati et lucri cessantis. Punitoria, quae in poenam tardae solutionis, adeoque ob moram debitori infligitur. Lucratoria, quae propter quaestum

(a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 2. (c) *Pos.* 3. 4. *et* 5.

etiam ultra moram exigitur, ex propria conventione; nam quae ex mora venit, non est ad lucrum, *l.* 17. §. 3. *in fin. h. t.* et haec specialiter nomine foenoris noscitur, tametsi in jure foenus et usura indistincte fere usurpentur, ut superius demonstratum est. Pariter haec divisio controversiam non admodum difficilem, de qua Thomasius.

SCHOLIUM.

Rejeci hanc distinctionem cum Strauchio in notis ad Dissert. 18. th. 13. pag. 22. *Quamvis autem Auctor lucratorias aliter describat, ac illi, quos ibidem notavimus, facit tamen ejus descriptio, ut a compensatoriis non differant; imo in descriptione compensatoriarum parum abest, quin misceat usuras et interesse, quae tamen differunt.* Vide Wissenbach. th. 2.

RESPONSIONI servient sequentia. Retinuimus hanc divisionem non tam ob usum rei, quam sequentis quaestionis, *an usura sit licita,* momentum. Nam si usurae stipulatio non excedat id, quod vere creditoris interest, vel si puniatur mora debitoris, minus est dubii in hoc quaesito, quam si sola quaestus ratio sit causa foenoris. Discrimen lucratoriae et punitoriae Wissenbachius, ad quem Scholiastes provocat, ipse tradit in *th.* 2. Adversus compensatoriam responsio duplex, quae est in scholio, non habet rationem; eam sane prima, quae est, quod lucrativam ita describamus, ut nihil a compensatoria differat. Quid enim? Compensatoria semper id quod interest supponit, hoc est damnum accipiendum vel lucrum cessaturum. Lucratoria sine ullo tali respectu, licet otiosa futura sit pecunia, percipitur. Quae potest esse evidentior discrepantia? Reprehensio altera; parum abesse quin misceamus interesse et usuras in descriptione compensatoriae. Bene habet, quod non omne discrimen exclusum dicitur. Nec enim aliud τὸ *Interesse* ab usura differre, quam aestimatio certa differt a petitione incerta, prae se fert ipsa definitio. Plane quod ad effectus juris attinet, forte non admodum hanc divisionem desideremus: sed multum referre in quaestione, an licita sit usura, utrum mero lucri studio, an ad compensationem damni vel lucri cessantis exigatur, manifestum est. Quin nec in foro discrimen compensatoriae et lucrativae usurae penitus cessare, paulo inferius in exemplis rerum judicatarum videbimus. Facilius punitoriam omitti paterer, ut duae essent species, *Compensatoria et Lucratoria.* Nam si poena morae sit propter damnum illatum aut lucrum cessans, est compensatoria. Sin aliter, est lucratoria: ut his duabus speciebus liceret esse contentis. Denique, compensatoriam satis probat *Lex* 60. ff. *Pro socio* Quid autem vult Paulus in *l.* 17. §. 3. *in fin. h. t.* dum ait: *Usurae non propter lucrum petentium, sed propter moram solventium infliguntur?* Sic nulla lucratoria, nec compensatoria fuerit usura. Sed loquitur ibi Paulus de usuris, quae tacite et ex officio judicis accedunt; non quae per conventionem debentur, quibus solis lucratoria qualitas convenit, et harum ait causam non esse lucrum creditoris, sed moram debitoris. Alii ex hoc loco distinctionem inter foenus et usuram probant, ut foenus sit *lucri causa* dumtaxat, usura propter id quod interest, vel ob moram debitoris, A. Matth. *disp. ad Pandect.* 30. *th.* 2. qui per hanc distinctionem absolvit quaestionem, an foenus vel usura sit licita; de foenore negat, de usura adfirmat. *disp. miscell.* 6. et ad *ff. disp.* 30. *th.* 31. Sed verborum illud discrimen non esse juridicum, neque perpetuum, *paulo superius* probatum est, etsi foenus frequenter in odiosam partem accipi, negandum non sit.

N. ADDIT.

Prolixa responsio, sed quae parum facit ad rem I. *in notis ad Strauchium cum ipso Strauchio ideo rejeci hanc distinctionem, quia secundum ea, quae de ea habet Struvius* Ex. 27. th. 43. *lucratoriae involvunt turpitudinem moralem, punitoriae vero sunt improprie tales, ergo diximus, solas remanere compensatorias. Notavi etiam jam ibidem dissensum Dd. in exponendis terminis, cum, quas Struvius punitorias vocavit, Eckoltus dixerit compensatorias.* II. *Etsi Auctor dicat, ea distinctione opus esse ad quaestionem de licentia usurae, tamen postea ab hoc asserto recedit, ubi trimembrem priorem redigit in bimembrem, et notat simul, Antonium Matthaeum absque ea quaestionem expedivisse. Et facile demonstrari posset, caeteris paribus, et punitorias et compensatorias et lucratorias usuras esse licitas.* III. *Dum dixi, Auctorem sic describere lucratorias, ut a compensatoriis non differant, id volui dicere, quod videlicet sub descriptione compensatoriarum in verbo* lucri cessantis *lucratoriae comprehendantur, quam objectionem frustra jam elevare studet Auctor mutatione termini* lucrum cessaturum, *et urgendo, quasi scilicet lucratoria percipiatur, etiamsi otiosa sit* futura *pecunia. Quid futurum sit, in actionibus propriis, etiam a voluntate dependentibus, ignorant homines, cum voluntas sit quotidie ambulatoria. Caeterum de quaestione, an licita sit usura, nemo melius et fusius egit, quam illustre Belgii decus Gerhardus Noodt,* in tractatu peculiari de foenore et usuris anno 1698. publicato. *Usuras esse*

illicitas, *est merum inventum Cleri Pontificii. partim eum in finem excogitatum, ut infallibilitatem Patrum Ecclesiasticorum et suam defenderent*, *etiam in rebus absurdissimis*, *partim*, *ut a Laicis sine usuris pecunias acciperent mutuo. Ipsi enim uti regula utuntur, beati accipientes, non dantes, ita si maxime mutuo dederunt Laicis, novis contractibus in fraudem usurarum prohibitarum inventis, ut v.g. venditione annuorum redituum etc. facile illuserunt horum simplicitati et superstioni.* (1)

4. (d) Quaestioni vulgatae et verbosae de foenore sive usura toleranda vel prohibenda, licita illicitave, non est animus immorari. Negativam de usura, scilicet lucrativa, multis rationibus adstruit D. A. Matthaeus *disp. miscell.* 6. *c.* 6. dissentiente, quod rarum et mirum, discipulo ejus Wissenbachio ad *h. tit. th.* 3. qui respondet ad omnia diligenter, etiam ad loca Scripturae Sacrae, quibus omnis usura prohiberi videtur. *Exod.* 22. *v.* 25. *Levit.* 25. *v.* 35. *Deut.* 23. *v.* 20. *Exod.* 18. *vers.* 17. *Proverb.* 28. *v.* 8. *Psalm.* 15. *vers.* 8. *Luc.* 6. *v.* 35. *Omnem omnino usuram sacra pagina damnari, nunquam probabitur*, inquit: *Locis Veteris Testamenti citatis prohibetur usura expilatoria rodens fratrem*, *et quidem egenum ac in calamitate constitutum.* Verum est, in duobus prioribus locis pauperum fieri mentionem; reliqua indistincte loquuntur, et docent, Judaeo a popularibus suis non licuisse capere usuras, sed a peregrinis dumtaxat. Quae oppositio suggerit aliam responsionem, quae est; hanc legem de non capiendis usuris, fuisse politicam, non moralem universalem; quia sic adversus peregrinos aeque prohibitam fuisse oporteret. Plane rationi rectae legique charitatis naturali, usuram simpliciter non adversari, validissime probat Grotius *Introduct. Jur. Holl. lib.* 3. *tit.* 10. *n.* 20. *et seqq.* Item *de J. B. et P. c.* 12. *n.* 20. ubi tamen jure divino vetere et evangelico judicat, usuram esse probibitam, hac potissimum ratione; quod etsi legem illam Judaeis latam non neget esse civilem Hebraeam, Christiani tamen omnes sint fratres et populares, non minora sibi charitatis officia quam Judaei invicem debeant. Quae consequentia procederet, si Christianis omnibus eadem esset Reipubl. et commerciorum, quae Judaeis olim fuit, ratio; quod tantum abest, ut nihil certius sit, quam Iudaeis, populo terrestri, usuram fuisse molestissimam, ut olim Romanis, aliisque civitatibus mercaturae expertibus magnariae, accidit; cum in plerisque Christianorum populis, sine ingenti incommodo, usura moderata cives carere non possent. Sin igitur vult ratio juris; Lege Mosaica non obligari populos alios, nisi quatenus eaedem rationes, quae apud Hebraeos fuerunt, nobis exacte conveniant: ideo valde adsentior Carolo Molinaeo, qui in *tractatu de Usuris*, (quem Grotius in *quadam* ad Salmasium de Usuris scripturientem *Epistola* μάλα φιλοσοφικῶς, ex principiis Philosphiae civilis ait esse conscriptum) fuse docet *n.* 5. 9. 13. *et* 515. regulam hujus disceptationis esse debere *Legem charitatis*, cum qua si pugnet usura, fiat illicita. Nec deterret A. Matthaei *disp.* 7. *th.* 41. auctoritas, qui sententiam illam Molinaei, quem alioquin eximie laudat, *deliramentum* vocat *manifestum et ab haeresi non alienum.* Τῆς ἀσριχίας! Caeterum, charitatis violationem semper in usura lucratoria contineri, nemo, qui novit eam frequenter a negotiantibus et locupletibus, majorem quam habent in manibus pecuniam occupantibus, exerceri, adfirmabit. Est tunc societatis quoddam genus in lucro, sine communione damni, quod nemo improbum esse dixerit. Non ideo videtur adsentiendum Grotio, qui leges populorum de quantitate usurarum, ita demum licitas esse putat, *siquidem vere stent intra compensationem ejus quod abest aut abesse potest. d. c.* 12. *n.* 21. Quanquam illud, *abesse potest*, rigorem sententiae usuris contrariae non parum mitiget, si non totum eludat. Quod de exhauriendis pauperibus objicitur; his eamdem nemo pecuniam sub usuris, nisi captis pignoribus, credit. Atqui in ea sumus plane sententia, non esse licitum, capere usuras ab egentibus et pauperibus. Hactenus enim vere legis divinae prohibitio, quam infringere nefas sit, ad nos pertinere videtur.

5. Unde colligitur, quid de quaestione in patria ecclesiisque nostris saepe agitata, de foenore trapezitico, sicut apud nos exercetur, sit judicandum. Magistratus civitatum locant mensas sive *bancas*, ut loquuntur, iis, qui maximum vectigal Reipubl. promittunt, ejusmodi

(d) *Pos.* 6.

(1) *Hac ultima phrasi facile potuisset abstinere D. Thomasius*, *cum nil nisi calumniam contineat. Patres Ecclesiasticos*, *Pontifices quoque*, *usurarias contractus damnasse*, *certum est*, *sed eos in fines*, *quos Thomasius adducit*, *illos hoc excogitasse nego*: *quin potius dicendum*, *illos*, *usuras improbando*, *legis Divinae prohibitionem exposuisse*: *nam ut a caeteris casibus abstrahamus*, *usuras capere ab egenis et pauperibus*, *lege Divina certe prohibitum esse*, *nec D. Thomasius*, *ut opinor*, *negabit. Quod addit de infallibilitate Patrum Ecclesiasticorum*, *nemo*, *quod sciam*, *ex Clero Pontificio eam defendit. Quod reditus annuos attinet*, *clarum est in iis nullam exerceri usuram*, *cum in his nulla sit obligatio quoad sortem*, *sicut ac in mutuo.*

usurarum ratione constituta, ut in anno efficiant *Viginti* aut *Triginta* de centum, idque sub pignoribus facile majoris pretii, quam sors est, quibus incumbunt; debitoribus ut plurimum pauperibus, aut ad fines redituum suorum perductis. Duae sunt rationes hoc foenus confodientes, ex re ipsa petitae; prima quod excedat modum legibus omnium, quae extant, gentium, usquam praescriptum. Altera, quod pauperes, saltem rebus suis coarctati homines, quibus legislator inprimis consulere debet, exhauriantur, atque ita, quin graviter in legem christianae charitatis ac enormiter impingatur, non potest negari; non opitulante trapezitis, ad exonerandam conscientiam, auctoritate publica; etsi quo pacto ecclesiarum pastores trapezitas et ministros eorum, a magistratibus hac parte dividant, nobis hein non est inquirendum; verum est, illos pro se, magistratus nomine publico, rem gerere. Non juvat etiam calculus, quo post deductionem vectigalis, quod praestant Reipubl. et impensae necessariae, pro mera usura vix ultra eam quantitatem, quae legibus est permissa, capiant. Manet enim hoc vitium, quod ipsi immediate foenus illud immite ac immoderatum, undecunque tale, capiunt atque exercent. Denique non dubito, quin *Grotius* injuriam faciat pastoribus et senioribus ecclesiarum Belgicarum, quando in *praedicta* ad Salmasium *epistola* scribit, sibi compertum esse, nullum genus hominum improbius in re foenebri se gerere solitos, quam pastores et seniores; quando quibus maxime Grotius succensuit, hi inprimis cordate foenus trapeziticum impugnarunt. Jure Canonico satis constat, usuram indistincte esse prohibitam, *t. tit. X. de usur. Cap. non licet. et seqq. dist.* 46. *et dist. sequ. Item Cau.* 14. *qu.* 3. *et* 4. quin eodem fere numero canonici habent usurarios, quo fures, *C. si quis usuram.* 10. *can.* 14 *qu.* 4. unde et titulum de usuris in Decretalibus proxime sequi titulum *de Furtis*, pridem observatum est: sicut etiam patres ecclesiae veteris plerosque, locorum Sacrae Scripturae praestrictos auctoritate, satis constat in eadem sententia fuisse, quam et pontificii verbis potius quam re ipsa profitentur. (2) Argumentis aliis, quae magno utrinque numero agitantur, conficiendis operam non dabimus. Vide sis Grotium *d. n.* 20. *C.* 12. *Lib.* 2. Wissenbachium *d. th.* 3. et qui plurimos citat foenori inimicos auctores, A. Matthaeum *Disp. ad Pandect.* 30. *th.* 31.

6. (e) Eadem lege charitatis, de usuris usurarum, praeter quod hae nominatim legibus sunt prohibitae, existimandum est. Nam si dialecticis e doctrina Juris rationibus agendum sit, quid prohibet usuras capere pecuniae Jure mihi debitae, qualis est usura? Ubi solveris usuras, hanc ipsam pecuniam cuilibet iterum foenori dare possum, tibi etiam ipsi. Si ex usura mihi debita non numerata sortem constituamus, quid hoc est aliud, quam acceptam tibi reddere pecuniam sub novis usuris? Quid aliud quam *brevis* manus interest? Sed lex charitatis et publicae utilitatis non patitur, ut mutui debitor, qui in mora solvendi usuram ob angustiam rei pecuniariae deprehenditur, nova usura adfligatur, qua re familiae ad inopias rediguntur: ideoque legibus sub poena infamiae prohibetur. *l.* 20. *C. quib. caus. infam. l.* 29. *h. t. l.* 28. *C. eod* Imo nec si consenserit debitor, ut usura commissa in sortem transferatur, vel obligationi principali adjiciatur, ejus usurae, quae jam sortis rationem adsumpsit, licita est usura, quemadmodum diserte constitutum est in *d. l.* 28. *C. de Usur.* Quae res iterum argumento est, non mere juridicam, sed valde probabilem charitatis rationem in usurario instituto regnare, et evidentius idem in eo, quod sequitur.

7. (f) Per litis contestationem secutamque sententiam, fit novatio et quasi-contractus, ita ut pecunia petita non jam ex vetere, sed ex judicati causa debeatur. *l.* 3. §. 11. *de Pecul. l.* 11. *de Novat. l.* 16. §. 6. *de Pignor.* Atque ita non est dubium, quin totius summae in condemnationem deductae, tam usurae, quam sortis usura, post sententiam deberentur. Sed Justinianus hanc conclusionem praecidit in *l. ult. C. de Usuris. rei jud.* ubi statuit, etsi post sententiam nova mora debitoris intervenerit, tamen usuram deinceps non summae totius adjudicatae, verum sortis dumtaxat exigendam. In Fori nostri peristyliis aliquando invaluit opinio, legis hujus effectum cessare in usuris post sententiam *taxatis.* Nam condemnatio juxta sortem fit tantum in usuras simpliciter, non in quantitatem certam: verum deinde quantitas judiciali *taxatione* definitur. Ea facta, volunt, usuras hujus etiam quantitatis usurariae currere, et ejus opinionis frequentior praxis in stylum fori se tantum non ingesserat; at nusquam evidentius patuit, nullam esse consuetudinem errore juris introductam. Ex illa interpretatione certum erat, *Legis ult. C. de Usuris rei jud.*

(e) *Pos.* 6. *et* 7. (f) *Pos.* 8.

(2) *Hanc sententiam non verbis tantum, sed re ipsa nos profiteri, patet ex decisionibus nostrarum curiarum, et vel ex. Clariss. D. Stockmans decision.* 74. et seqq. *quas Auctor certe non ignoravit.*

nullum usum, nullam sanctionis ejus sententiam fore: siquidem ante taxationem quantitatis nulli sunt termini habiles usurae, ut res et definitio usurae satis indicat; nec ideo videri potest prohibitum, ne usurae usurarum exigantur quando facultas usuram computandi nulla datur. Imperator, inquam, in *d. l. ult.* prohibitionem usurae intellectam voluit de casu, quo usurae computatio usum habere potest. Atqui non potest usum habere, si quantitas pecuniae certa non sit. Ideoque *lex ultima* non potest ad alium casum pertinere, quam quo usurae sunt taxatae; quae proinde non recipiunt usuram usurarum. Credideram, verba Sandii in *lib.* 3. *tit.* 14. *defin.* 10. dedisse causam isti errori. Verba sunt haec; *si sors et usurae in condemnationem deducantur, finitur novatione pristina obligatio, tam usurarum quam sortis, et incipiunt currere aliae usurae rei judicatae.* Inde probat Sandius, post sententiam usuras renovare suum cursum, etsi duplum excedant: sed mox adjicit, id non habere locum in usuris post *d. l. ult.* cujus verba tam clara tam praegnantia sunt, ut hujusmodi elusionem nullo modo ferant. Ideoque non obstante qualicunque praxi, saepe *aliter a Curia definitum scio*, negatasque esse usuras usurarum in condemnationem deductarum et taxatarum. Neque tutum est, admittere usum exceptionis, quam aliqui suggerunt; si non tam inopia, quam malitia, quaesitisque tergiversationibus, executio et exactio sortis cum usuris dilata fuerit, talem reum in usuras usurarum post earum taxationem esse condemnandum, quatenus officii Judicis est, ne malitiis indulgeatur, *l.* 38. *de R. V.* licet ita censeat Carpz. *def. for. p.* 28. *C.* 30. *def.* 28. *n.* 4. Non abhorret quidem ab aequitate jurisque ratione haec limitatio in se considerata, sed ejus praetextu nimis facile everteretur, quod Justinianus omnino cautum voluit, *ne ullus casus relinquatur, ex quo hujusmodi machinatio possit induci. in d. l. ult.*

8. Sed an sanctio *d. l. ult.* locum etiam habeat in usuris compensatoriis, in tali specie memini disputatum. Condemnati erant quidam ad restituenda aliquot agri jugera, quae non poterant demonstrari. Ideoque condemnati fuerant in pretium, quod erat notum, ejusque usuras. Satis constabat, si ager ipse fuisset evictus, eum cum fructibus fuisse restituendum, quorum fructuum in condemnationem deductorum et taxatorum usurae praestandae fuissent, quemadmodum in Foro nostro sine dubio servatur; de jure quid statuendum sit, *inferius* considerandum erit. Sed hae usurae in locum fructuum erant subrogatae: nec quod ipsum corpus agrorum designari non poterat, male possidentium lucro et petitorum damno cedere debere videbatur. Ideo petebant victores usuras illarum usurarum, una cum sorte in condemnationem deductarum, sicut usuras fructuum petere potuissent. Commissarius Curiae tamen solius sortis usuras addixerat; per appellationem re ad Senatum delata, plures e Dominis praedictas rationes justas, et constitutionem *d. l. ult.* in usuris lucrativis, quae κατ' ἐξοχήν usurae vocantur, non in compensatoriis, quae vicem fructuum obtinerent, locum habere censebant. Paribus tamen suffragiis sententia tum confirmata est, *in causa Creditorum Simonis Jorna triumphantium et in execut. Appellantium, contra Theodorum Bruninga cum soc. in qual. victos et in ex. Appellatos. Ante ferias O. S.* 1680. Pro sententia faciunt verba *d. l. ult. Cum enim jam constituimus, usurarum usuras penitus esse delendas, nullum casum relinquimus, et caetera modo relata.* Verum est, Imperatorem adeo rigidae observationis in *d. l. ult.* causam hanc allegare; quod in sortem usuras centesimas, id est, duodecim pro centum in anno, post tempus judicati faciendi introduxisset, quibus si accederent usurae usurarum, onus intolerabile videretur; cum vero centesima hodie non exigatur, ac ita *absurdum*, quod ex concursu utriusque gravaminis Caesar ostentat, non habeat locum, forsitan ex aequitate, ejusmodi compensatoria usura post rem judicatam, novum usurae augumentum recipere posset. Ideoque in simili casu antea transierat condemnatio in usuras usurarum, in causa *Annae Graviae, contra Petronellam a Valsen, viduam Dris Boilani. d.* 8. *Julii* 1679. Rursus in tali specie; Titio adjudicati erant quadringenti floreni pro agro non tradito, cum altero tanto nomine usurarum, loco fructuum; judicatum est, usuras integrae summae ab eo tempore deberi. In causa *Harke Beerns*, contra *Gellium Johannis etc. d.* 29. *Jun.* 1680. supposita praxi, quod usurae post sententiam egredi possint duplum, item quod fructus pariant usuram, *de quo infra.*

9. (g) Ex ratione, qua prohibentur usurae usurarum, ne debitor onere geminato exhauriatur, imo ex ipsis terminis usurae usurarum, expeditum est judicare; pecuniam ex usuris redactam et acceptam, non amplius *usuram*, sed *pecuniam* esse, que nummis aliis mixta nihil a peculio vel sorte recondita differt. Ideo si haec usura deinceps alii mutua detur, nulla dubitandi ratio est, quin exinde novam pariat usuram. Quod aeque locum habet, si alius quam creditor usuras alienas acceperit et seposuerit,

(g) *Pos.* 9.

vel in usus suos converterit. Hoc ipso enim, quod pecunias ad alium pertinentes, quae apud debitorem fuerant usurae, accipit, hae apud ipsum nihil quam nummi sunt, usuris pariendis, ut reliqui nummi, idonei. Non est igitur exceptio a regula de usuris usurarum, quod tutor aut curator, qui usuras a debitore pupilli vel minoris exactas, in suos usus convertit, hujus summae praestet usuras; vel quando curator usuras a tutore accepit, quod ab eo tempore pupillo currant usurae usurarum: nec enim amplius sunt *usurae*, sed *pecuniae*, inquam, mutata debitoria persona. *l.* 7. §. 12. *et l.* 58. §. *ult. de Administr. Tut.* Caeterum, mutatio personae creditoris nihil mutat, si debitor idem maneat, ut si creditor posterior priori sortem cum usuris solvens in locum ejus succedat: Etenim hoc casu, quia debitor idem manet, usurae usurarum exigi nequeunt, neque haec est exceptio a regula. *l.* 12. §. 6. *Qui pot. in pign.* Hinc etiam usuras, quas ipse tutor debet pupillo, quamdiu apud eundem tutorem maneant, σχέσιν usurarum retinent, nec iden pupillus earum usurarum usuras, utcunque ratio ab ipsius latere sit eadem, consequitur, quia manent sub regula *l.* 29. *h. t. et l.* 26. §. 1. *de Condict. indeb.* ac ita judicatum est in Curia nostra, referente Sandio 3. 14. 6. Conf. Struv. *h. t. th.* 51.

DE CAUSIS USURARUM.

X. Causae usurarum. XI. Quando ex Pacto usura debeatur. XII. Promissio ejus quod interest, an inferat usuras. XIII. An diuturna praestatio usurarum. XIV. Mora quid, quotuplex, et quatenus mora personalis usuram pariat. XV. Morae ex Re hac parte vis. XVI. De vectigalibus et rebus minutim venditis. XVII. An Litis Contestatio sit causa usurae, ubi de cautione judiciali. XVIII. Observationes quaedam aliae.

10. (h) Pergimus ad causam usurarum, quae in summa duae sunt, conventio et mora. Utriusque iterum duae species; conventio enim est vel stipulatio vel pactum, et mora vulgaris vel judicialis, quae est litis contestatio. Ex stipulatione debentur usurae sine dubio in omni contractu, Paul. 5. *Sent.* 7. et in mutuo ex stipulatione dumtaxat. * *l.* 3. *C. h. t.*

11. (i) Pactum de usuris, contractibus in continenti adjectum, valet in his, quorum pars fieri potest, ut sunt contractus B. F. *l.* 7. §. 4. *et* 5. *de pact.* sed cum mutuo tale pactum consolidari nequit, quoniam ejus pars non potest fieri, nisi quod revera datum est. *l.* 7. *pr. de Pact. l.* 11. §. 1. *de reb. cred.* Mutari tamen posse jus petendi usuras per pactum intelleximus antea ex *l.* 40. *de Reb. cred.* Intelligo autem hoc, *pecunia* mutuo data; nam aliarum quantitatum usurae ex pacto quoque *terminis habilibus* debentur, *l.* 12. *C. h.* quin et in pecunia trajectitia, *l.* 7. *de Nautico foen.* denique favore fisci, qui semper capit usuras, scilicet ex mora, *l.* 17. §. 5. *h.* et civitatum, *l.* 30. *h. t.* et argentariorum. *N.* 136. *c.* 3. In his placuit ex pactis usuras deberi, quae hactenus pacta legitima esse videntur. Moribus hodiernis, ut alias dictum, inter stipulationem et pactum nihil interest: ideoque usurae etiam ex pacto debentur, quatenus id expressum est; proinde si quis usuras ad annum promiserit, et sortem diutius habuerit, reliqui temporis usuras non debet. Sand. *lib.* 3. *tit.* 14. *def.* 1. nisi pluribus annis in solutione usurarum continuaverit, quo casu tacitum pactum de continuandis usuris praesumitur, *d. tit. def.* 4. ut mox iterum occurrat. Apparet igitur, quam utilis sit clausula mutui instrumentis adjici solita, *ut si diutius sors apud debitorem maneat eadem usura continuetur.*

12. (k) Quid si debitor usurae mentionem non fecerit, obligaverit autem se ad omne damnum et id quod interest praestandum, hicnon ad usuras etiam tenetur? Ita sentit et judicatum refert Sandius. *d. tit. def.* 2. *et* 3. Quod mihi videtur esse verissimum de vernaculi sermonis usu *Interessen*, quia vix aliud est vocabulum, quo exprimantur usurae populariter quod successit in locum odiosi verbi, *woker*, quod vix aliter a nostratibus, quam pro immoderato et illicito foenore sumitur. Est alia vox *Renten*, quibus usurae quidem neque designantur, sed frequentius usurae mutuae *interessen* vocantur, et reditus ex fundis pecuniariis semper *Renten*, nunquam *interessen*, appellari solent. Non

(h) *Pos.* 10. (i) *Pos.* 11. 12. *et* 13. (k) *Pos.* 14.

* Ita noster recte ex sententia legum Romanorum, et *infra.* §. 18. *in fine* Statutum Frisiae in eamdem sententiam interpretatur contra mentem tamen Wissenbachii JCti magni nominis. De Frisicis juribus viderint ii, quorum interest: in Germania universali lege cautum est, deberi in mutuo usuras etiam ex mora. *Rec. Imper. d. An.* 1600. §. *So viri num.* 252.

potest igitur esse dubium, quin ita Jus dicendum sit, ut Sandius refert, inter cives nostros. In Latina oratione, nego eum, qui promisit, se praestiturum impensam, damna et id quod *interest*, etiam in usuris teneri, scilicet in contractibus, in quibus expressa conventio ad usuras stabiliendas requiritur; namque ubi mora sufficit, ibi nequidem illud vocabulum *τοῦ interesse* fuerit necessarium. Cum vero ejus quod interest appellatio certissima significatione differat ab usuris, nullo modo statuendum est, ubi specialis usurarum conventio requiritur, ibi sufficere ad usuras introducendas, ejus quod interest, rei diversae promissionem. Quin etiam supposito usu vernaculo, monendum est, aliquid a Sandio praetermissum. In hac formula, *pro impensis, damnis et interesse die veniente*, zedert den verschyn-dach, *eventuris obligo mea bona*, Sandius ait, *d. def.* 2. usuras deberi simpliciter, perinde ac si essent promissae. Hoc tamen interesse oportet, quod usurarum promissio semper incipiat a tempore mutui dati, sed in ista formula non incipiunt, nisi a tempore; quo placuit pecuniam reddi, *post diem venientem*, quo debitum restitui debet. Sed moveri potest alia quaestio, an non sola compensatoria, his verbis, *Kosten, Schaden en Interessen*, intelligatur, cum hoc effectu, ut probandum sit, *quanti* interrit, idque secundum quantitatem, lege, quae apud nos est, praescriptam sumi, ut Sandius fere disserit in *d. def.* 3. Respondetur, non videri hoc verbum ad usuram compensatoriam restringendum, ex usu populari, quo simpliciter usuras pecuniarias significat: proinde non modo debitorem liberari probatione quanti sua interfuerit praecise, verum etiam, quod sua omnino interfuerit. Adde Ant. Fabr. *l.* 4. *C. tit.* 24. *def.* 7.

13. (l) Secundum haec quaeritur, an diuturna usurarum praestatio, pro conventione tacita, per quam usurarum obligatio introducatur, haberi possit: Jure civili, quo stipulatio, quae semper est expressa, nominatim ad usuras requiritur, non videtur ex solo facto praestationis introduci posse. *l.* 7. *C. de Usuris l.* 28. *C. de Pact.* Nec obstat *l.* 6. *C. h. t.* quae non creditori usuras incerti initii e praestatione diuturna adscribit, sed usuras initii non controversi a patre agnitas et in rem ejus versas, praesumi statuit, ut D. Wissenbach. explicat in *th.* 10. *h. t.* Sed postquam differentia pacti et stipulationis moribus hodiernis sublata est, et pactum tacito quoque initum facilius praesumitur, *l.* 2. 3. *et l.* 4. *in pr. de Pact.* postquam usura quoque magis magisque invaluit, ut vix ulla pecunia gratis ad longius tempus elocetur; nullo modo recedendum est a communi sententia, secundum quam longa praestatio usurarum ex debito, cujus initium constat, hunc habet effectum, ut praescriptionem et argumentum certum obligationis usurarum pariat, uti multa auctoritate probat Sandius *d. lib.* 3. *tit.* 14. *def.* 4. Sed quod ex Jure civili sententiam illam probari volunt, adversatur *citatis legibus*, quae stipulationem praecise requirunt, non praestationem aliquot annorum ex consensu factam. Nec stipulatio ex eo, quod tacite actum, praesumi legitur, sed tantum, si in instrumento scriptum sit, stipulationem esse factam, interrogatio et responsio praesumi dicitur in §. *si scriptum.* 17. *I. de Inutil. stipul. et* §. *ult. I. de Fidejussor.* Haec autem positio minus habet dubii, quando non tantum de obligationis principalis initio constat, sed etiam, quando stipulatio usurarum *ad annum* facta legitur: tunc enim ex secuta praestatione plurium annorum, valde proclivis est praesumptio, quod contrahentes anni temporis fecerint mentionem, ut usurae proportionem, non ut solvendae usurae finem exprimerent, de qua specie facti proprie actum est in *d. def.* 4.

14. (m) Hactenus de conventione Sequitur MORA, cujus definitio probata est a Cujacio, quod ait, *Debiti solvendi vel accipiendi frustratoria dilatio.* Hic proprie dilatio *solvendi* intelligitur; nam creditor ad usuras teneri non potest; sed definitio in universum ponenda erat. Creditorem quoque moram committere, docet Lex 72. *pr. de Solution.* ubi; *Creditor non accipiendo moram fecit*: et effectus est, quod si debitor rem vel pecuniam oblatam sine culpa perdiderit, creditor doli mali exceptione repellatur, *d. pr.* quod est idem in eventu cum eo, quod habetur in *l.* 30. *de solut.* Praeterea creditori *actionem denegare*; consequenter si pignus habeat, illud distrahere non potest. *l.* 8. *C. de Distract. pign.* Sed hoc loco de sistendo usurae cursu agitur, etsi obiter alios morae effectus adjicere nihil vetat, quod in *Positione* 18. desiderat a me Thomasius. Sed moram divisimus in judicialem et extrajudicialem. De judiciali mora posterius. Extrajudicialis iterum est ex persona, vel ex re. Mora ex persona committitur, quando reus opportuno loco et tempore interpellatus non solvit, *l.* 32. *in pr. h. t.* nisi justas differendae solutionis causas habeat, quas vide in *l.* 21. *h. t.* Semel interpellatum esse, satis est, *d. l.* 32. *et l.* 23. *de V. O. l.* 87. §. 4. *de Legat.* 2. ubi; *semel intervenisse moram, sufficit*, modo creditor deinceps, cum debitorem videt esse paratum, *non omiserit debiti repetendi instantiam*, ac

(l) *Pos.* 21. (m) *Pos.* 16. *et seqq.*

ita consilium mutaverit, ut traditur in *d. l.* 32. §. 1. quae si nihil obstat. Sed quid est, quod in *l.* 122. §. 5. *de V. O.* habetur, *si Seja non cessasset offerre pecuniam*? Wissenbachius noster in *hoc* §. 5. factum proponi, non jus arbitratur, in *th.* 17. *ad h. t.* quae responsio sicut bene convenit §. *Cohaeredes.* 3. *ejusdem Legis*, et *Legi Æmilius.* 38. *de Minor*, ubi, *denunciationibus saepe datis*, ita hoc §. 5. habet difficultatem, propter verbum, *Si*, quod positionem, imo quod conditionem indicat. Malim igitur respondere: verba, *si non cessasset offerre pecuniam*, idem esse, quasi tu diceres, *si non neglexisset*, si non defuisset offerendo pecuniam: ne quis putet, cessandi verbum semper indicare frequentationem alicujus actus. Justinus *lib.* 31. c. 4. de apparatu belli, quod Antiochus in Romanos movebat; *Quae res*, inquit *tantum apparatum belli, CESSANTE Imperatoria arte corrupit.*

15. Altera species morae extrajudicialis, *Ex RE* vocatur in *d. l.* 32. *pr. h. t.* et *l.* 38. §. 1. *h. t.* ubi, *si in Re mora fuit.* Committitur autem solo vitio tardae solutionis, quando res ipsa debitorem, ut solveret, ultro admonuit, cujus multiplex usus est. In emptione venditione, qui rem accepit eaque fruitur, ipsa re, hoc est aequitate dictante, moram committit. *l.* 13. §. *veniunt* 20. *de Action empt. l.* 5. *C. eod.* Socius communem pecuniam invadens vel in suos usus convertens, ab eo tempore est in mora, licet interpellatio quae moram per excellentiam notat, nulla sit facta; *l.* 1. §. 1. *h. t.* juncta *l.* 60. *pr. pro soc* sed statim ac rem alienam occupat et retinet, est in mora, *l.* 8. §. 1. *et l. ult. de Condict. furt.* Idem in quovis violento possessore. *l. pen. de Vi et vi arm.* In favorem minorum receptum est, ut debitores eorum, sine interpellatione in mora constituantur, scil. ubicunque morae praestatio locum habet, quod generaliter supponitur. *l.* 3. *C. In quib caus in int. rest. neces se. non est.* (n) Quoties obligationi certa dies praefigitur, seu testamento, sive per conventionem, solus diei lapsus debitorem realiter in mora constituit, *l.* 87. §. 1. *de Legat* 2. *l.* 26. §. 1. *de Fideicom libertat.* quae de testamentis agunt: verum etiam inter vivos. Qui ad diem certum dare obligatus est, solo diei lapsu in mora constituitur, quia cum obligatio perfecte ante diem existat, dies nulla alia causa adjici videtur, quam ut ultimus sit terminus solutionis faciendae, molestiaque interpellandi creditorem liberet, sicut in judiciis strictis poena conventionalis, quae vicem usurae et ejus quod interest obtinet, statim committitur, *l.* 12. *C. de Contrah. stip. l.* 2. *C. de jur. emphyt. l.* 4. §. *ult. de Leg. commiss. l.* 23. *pr. de Recept. arbitr.* in quibus actio non competeret, nisi reus esset in mora. Competit autem post diem per se, idque moram praesupponere, docetur clarius in *l.* 23. *de O. et A. D.* Wissenb. ad *h. t. th.* 16. Disseot. Bachov. *vol.* 2. *ad Treutl. disp.* 3. *th.* 7. semper intellecto; contractum bonae fidei vel ejusmodi in quem cadat aestimatio morae esse debere, *d. l.* 3. *C. in quib. caus. rest. in int.* ut et terminus habiles morae oportest esse, quales non sunt in *l.* 77. *de V. O.* ubi haeres tenetur ad poenam in diem promissam, quae dies haereditate jacente praeteriit. Ergo, opponat aliquis, solo diei lapsu mora non committitur; certe non, si debitor nullus existat, ut in *d. l.* 77. ubi debetur poena non ex mora, sed vi promissionis defuncti ex qua haeres tenetur. (3)

16. (o) Ideoque non in omnibus causis MORA pro causa usurarum, sed in bonae fidei judiciis habetur, *l.* 32. §. 2. *h. t.* quae inter ea etiam est conductio vectigalium, non scilicet agrorum, sed publicarum functionum? Ratio dubitandi, quod non tam haec sit conductio, quam stipulatio certae praestationis, in re valde incerti eventus. At tamen usurae debentur, non modo in favorem Fisci, qui semper usuras accipit, *l.* 17. §. 5. *h. t.* sed etiam Civitatum respectu, *l.* 10. §. 1. *de Public. et Vectigal.* ut in Suprema Frisiorum Curia judicatum est, in causa *Petri Annii Reen contra Magistratus Harlinganos die* 27. *Octob.* 1636. An et publicanus

(n) *Pos.* 19. (o) *Pos.* 15.

(3) *Sed hanc sententiam, quod per solam diei lapsum debitor in mora constituatur, probare non possum; non enim lapsus diei aliud facit, quam ut debitor conveniri possit, sicuti in obligatione pura statim conveniri potest. Et tamen nullus dicet, sine interpellatione committi moram in obligationibus puris. Rursus, si sententia Auctoris sit vera, consequens erit, ut dies, qui in favorem debitoris adjectus intelligitur*, l. 41. §. 1. de V. O. *operetur in ejus odium, quod certe admitti nequit. Nec contrarium evinci potest ex* l. l. *ab Auctore adductis, nam* l. 12. C. de contrah. stip. l. 4. § ult. de leg. comm. l. 23. pr. de recept. qui arbit. recep. l. 23. de O. et A. *uti et* l. 77. de V. O. *agunt de poena ex conventione debita, ad quam committendam non requiritur mora, sed sufficit, quod existat conditio sub qua poena fuit promissa. In* l. 2. C. de jur. emphyt. *speciale est, quod debitor non propter moram, sed propter tardiorem solutionem excidat jure suo. Caeterae leges*, 47. §. 1. de leg. 2. et 26. §. 1. de fideicom. libert. *nostram sententiam probant, tantum abest ut pro Auctore faciant. Nec dixerim, quod dies nulla alia causa possit videri adjectus, nam adjectus est ne ante debitor conveniatur.*

a privatis ob moram exigere potest usuras? Ita videtur, per *d. l.* 17. §. 5. juncta *l.* 11. *C. de Publican. et l.* 11. §. 2. *ff. de Vectigal.* quae docent, publicanos uti jure fiscali. Moribus hodiernis, est notabilis exceptio a regula, *quod mora pariat usuram in bonae f. judiciis*, circa res minutim venditas, pro quarum debito, quamdiu codice rationum continetur, *Boeck schult*, neque per novationem mutatum est, *usura* non debetur; magis ob similitudinem obligationis *Nominum*, quae stricti juris fuit, quam emptionis venditionis hac parte naturam, ut tota, ni fallor, Europa observatur. In legatis et fideicommissis, etsi natura stricti Juris, usurae tamen ex mora debentur, *d. l.* 87. §. 1. *et l.* 78. §. 2. *de Legat.* 2. ut alibi dictum, atque dicendum est. Hactenus mora, quam diximus extrajudicialem.

17. (p) Mora judicialis per litis contestationem committitur; est enim haec maxime solemnis interpellatio, quae non tantum in aperta mora, sed etiam in mala fide reum constituit. l. 38. §. 7. *h. l.* 25. §. 7. *de Haered. pet.* Quod si teneas, ut nihil est certius, nullum dubium est, quin usura in bonae fidei judiciis ex litis contestatione debeatur, imo etiam in strictis, si quando in iis usurae ex mora debeantur. *l.* 3. juncta *l.* 1. *C. de Usur. et fruct. legat.* Sed universa judiciorum praxi receptum est, ut non in quibusdam, sed in omnibus strictis judiciis usurae post litem contestatam debeantur, non quidem statutis gentium expressis, sed ex interpretatione Juris civilis, forte non vera, valde tamen verosimili. Nam fructus et usurae ad idem praestandi jus rediguntur *l.* 31. *de Usuris.* et fructus statim post litem contestatam in strictis quoque judiciis praestantur. *l.* 38. §. 7. *h. t.* Cui accedit rotundus textus in *l. sequ.* 35. Lite *contestata usurae currunt*, quem textum si de stricti juris actionibus accipere nolis, frigidum nimis adspicias, quando in bonae fidei judiciis etiam ante litem contestatam usurae currunt: nec opus erat monita per litem contestatam non abrumpi usuras, quod positum erat extra omnem dubitationis speciem. Quod si de strictis, ut est oratio generalis, haec verba quoque intelligere debeas, videndum est, utrum τὸ *currunt* significet, *currere pergunt*, an *currere incipiunt.* Illud volunt, qui negant litis contestationem esse causam usurarum in strictis; hoc vero qui adfirmant. Verbi usus a neutro sensu alienus est *Usurae non currunt*, in *l.* 18. *de Novat.* hoc est, currere non pergunt. Rursus pro *currere incipiunt.* in *l.* 7. §. 7. *de Admin. Tut. l. Lecta.* 40. *de Reb. Cred.* Ergo ex natura negotii dijudicandum utrum hoc loco sensus sit, usurae post litem contestatam *suum cursum continuant*, an *vero suum cursum incipiunt.* Forte Doctores non male putarunt, τὸ *currere pergunt*, hic esse otiosum; nihil novi, nihil proprii sensus inde oriri; cum nemo dubitare potuerit, quin litem contestando creditor jus usurae non amittat, qui per eam semper conditionem suam facit meliorem. *l.* 86. *de R. J.* Nec verisimile erat debitorem liberari posse hoc onere usurarum in eo momento, quod ipsi omnes malae fidei offectus imprimit, ut modo probatum est. Verius igitur est hoc velle textum, lite contestata usuras etiam, quae prius non occurrerunt, exinde cursum suum ordiri. Plane si unquam a legum sententia longius recessissent Dd. ars nostra causam querendi non haberet. Vide Fabrum *lib.* 4. *C. tit.* 14. *def.* 33. *et Err. Pragm. dec.* 1. *err.* 1. Sandium *lib.* 3. *tit.* 19. *def.* 1. Dissent. D. Wissenbach. *ad h. tit. th.* 9.

18. Huc etiam referri debet, quod in Foro placuit, si quis creditor acceperit pecuniam sibi debitam, eamque se restituturum caverit, deinceps appareat, alium meliori jure in illis nummis esse praeferendum, etsi de usuris nihil sit dictum, si tamen deinde potiori creditori reddenda sit pecunia, cum usuris utcunque non promissis, eam praestari debere, ut testatur Sandius *d. l. tit.* 12. *defin.* 12. Rationes, quas ex Jure communi petit, longius arcessitae videntur; forte nihil erres, si dicas, hanc esse causam, quod illa cautio praetoris vel judicialis, proxime ad litis contestationem accedat; item quod aequum non videatur ut posterior creditor aliena pecunia sine ejus voluntate gratis sit usus.

Denique usurarum praestatio in judiciis hominumque negotiis ita invaluit, ut valde faciles sunt mores in causis illarum recipiendis. *Postremo*, de omni mora tam judiciali quam extrajudiciali sciendum est, supponi quantitatem sortis esse talem, quae proportionem usurae capiat. Nam si quis debitor sit incertae quantitatis, ejus usurae ex mora deberi non possunt antequam sors debiti ad certam quantitatem redacta fuerit; ut fit, si quando quis ad impensas aut meliorationes alicui praestandas teneatur, ut docet Sandius *d. l. tit.* 14. *def.* 2.

Superest haec observatio. Statutum Frisiae sit hoc modo; *Ubi usurae non sunt promissae, ibi putantur ex mora lib.* 1. *tit.* 9. *art.* 3. *Daar geen Intressen gestipuleert zyn, dan koomt men te reeckenen ex mora.* Wissenbachius noster ex his verbis ita nobis inculcabat. Lege Frisiae *usuras ex mora ubique deberi etiam in contractibus stricti juris.* Quod ego non censeo, nec ita servatur. Mens

(p) *Pos.* 20.

Statuti patet ex sequentibus, *proportione septem de centum computabantur*. Quantitas usurarum talis sit, qualis in stipulationem deducta est; si nulla stipulatio intervenerit, computabuntur illic ubi ex mora debentur ad proportionem septem de centum; quod postea mutatum, ut videbimus. Non licet stipulari plus septem pro centum, eademque usura computabitur ex mora; scilicet, *ubi mora parit usuras*, quod ex jure communi petendum, neutiquam alibi. Hoc illa verba volunt.

QUANTITAS USURAE.

XIX. De quantitate usurarum. XX. Quousque usurae sint licitae. XXI. Quid jure Frisico. XXII. De Pacto usurae poenali.

19. (q) Vidimus, quid et quotuplex usura, aitne licita, et unde oriatur. Sequitur, ut quantitatem ejus colligamus. Notum et saepe dictum est, veteres usos esse computatione foenoris menstrua, *maentgelt*, ut nostrates, qui tamen annuo magis calculo adsueverunt. Sed de usuris Kalendariis pleni sunt Juris et veterum libri. *l.* 40. *de Reb. cred.* *l* 41. §. *ult. h. t.* Kalendarium liber fneneratitius. *Qui dives? Cui magnus Kalendarii liber volvitur*; ut Seneca. Plura Brisson. *de V. S.* *voce Kalendarii.* Quando de centum, singulis mensibus solveretur unus, haec usura vocabatur *Centesima*, quae est maxima in jure. *l.* 8. *C. si cert. pet.* *l.* 26. *C. h. t.* Graeci Ἑκατοστιαῖον τόκος ἐστὶ, τὸ ἐπὶ τοῖς ἑκατὸν καθ' ἕκαστον μῆνα δίδοσθαι, ά ν, Id est, ὑπὲρ ὅλου ἐνιαυτοῦ ιβ̄. *Centesima usura, quando pro centum quoque mense datur unus; id est, per integrum annum duodecim.* Harmenop. 3. *cap.* 7. Minores usurae, distinctis nominibus exprimuntur. Centesima illa consideratur ut AS, cujus *partes* notae sunt ex *tit. Inst. de Haered. instit.* Pone pro centum in anno XII. haec usura fit AS (non appellatur tamen ita, centesimae nomen unice est in usu.) Sex pro centum in anno, dimidia pars centesimae, et quia pars dimidia Assis vocatur SEMIS; ergo sex pro centum, usurae semisses. Unus pro centum in anno unciarium foenus; est enim uncia pars duodecima Assis. Hinc consequenter duo pro centum, sextantes usurae; tres pro centum in anno, quadrantes usurae, quatuor, trientes, Id est, tertia pars XII. Porro, quincunces, septunces. Besses, sunt octo de centum; dodrantes, novem; dextantes decem; deunces XI. Eodem fere modo usura drachmalis apud Graecos accipienda: nam drachma respondens denario Romano est centesima pars minae. Hinc usura drachmalis eadem cum Centesima Romana, ut latius apud Budaeum 1. *de Asse*, et Holom. c. 7. *de Usur.*

20. (r) Olim Romae cuilibet usuram stipulari fas erat, quantam poterat, dein restricta est, ut Tacitus. *Primo XII. Tabulis sanctum, ne quis unciario amplius exerceret, cum antea ex libidine locupletium agitaretur, dein rogatione tribunitia ad semuncias redactum.* Sed foenebre malum toties repressum, identidem *miras per artes* renascebatur, ut Tacitus *ibidem* 6. *Ann. c.* 16. Novissima constitutio Justiniani praescribit hunc modum *sanctione generali.* In trajectitiis pecuniis et mutuo quantitatum, licita est usura centesima, *tantummodo. l.* 26. §. 1. *vers. in traject. C. h. t.* Olim recepta fuit etiam contra tutores et curatores, de pecuniis pupillaribus in suos usus conversis, *l.* 7. §. 4. *et l.* 54. *de Administr. Tut. l.* 1. *C. de usur. pupil.* quae ad reliquos alienarum rerum administratores extenditur *l.* 38. *de Negot. gest.* ubi, *maxima usura.* Quod per *d. l. ult.* abrogatum vel non, hodie certe nusquam servatur, uti nec Judicati solvendi causa, quae ad centesimam post quadrimestres a tempore latae sententiae inducias intenditur, ab ipso Caesare in *l. ult. C. de Usur. rei Jud.* Idem vulgares et populares usuras statuit *semisses*; mercatoribus indulget Besses, Illustribus non ultra trientes. *d. l.* 26. §. 1. Mores hac parte variant pro ratione commerciorum, et copia rei pecuniariae, easque rationes Statuta ferme sequuntur. *Moribus nostris*, ait Thomasius ad *pos.* 26. *h. t. usurae populares sunt quincunces, etiam illustribus permissae.*

21. Apud nos olim fuere septunces, tam ne ex stipulatione majores fierent, quam ex mora, *d. l.* 1. *Stat. tit.* 9. *art.* 2. Donec, usu suadente promiscuo, usuras ex mora placuit ad quincunces redigi, ex decr. Ordd. *d.* 30. *Mart.* 16... stipulationis facultate non mutata; quod secus Edicto Ordd. Holl. cautum esse, testatur Groenew. ad *l.* 26. §. 1. *C. h. t. n.* 2. Proinde septunces adhuc promitti, nihil hic votat, *d. tit. art.* 2. etsi raro et sine sugillatione pudoris

(q) *Pos.* 23. (r) *Pos.* 25. *et seqq.*

quiocuncea, aut sane semisses, excedere vix liceat. * Centesime permittitur mercatoribus ed duns vel trea mensea, *d. art.* 2. si diutius sus credita mutuo consensu maneat apud debitorem, septuncea computaotur, bodie quincunces: eat enim et binc casus, quo citra stipulationem vi legis usura debetur, *d. art.* 3. salva foenoris nautici ratione, de quo *tit. sequ.* Ex bis sequitur, eliis quam mercatoribus non licere centesimam, ne trimestrem quidem capere, per *dictam Legem Frisicam.* Item si mercator post trimestre spatium pecuoiam repetens, eam debitori extorquere nequeat, verum bic eam, creditore volente, retineat, dicendum est, centesimam, duraote mora, continuari, per *d. art.* Nisi mora, aicut ante dictum, et mox repetemus, eliquo modo interrupta fuerit. (4)

22. Postremo velim observari, si partes maneant intra terminoa licitarum usurarum, non esse prohibitas hujusmodi stipulationea; *si ad diem non solvas quincunces usuras, debebis semisses, l.* 9. §. 1. *h.* de quo pacto tanquam foeneratorio dubitatum memini intra fori columnas, negatumque in concursu creditorum alicui talis pacti effectum, re in judicium tamen non deducta. Poeoa usurae legibus prohibitae, ex l. XII. tabb. erat quedrupli, ** Jure Codicis infamiae, *l.* 20. *C. ex quib. caus. infam.* quam poenam ipso Jure, nullo accusationis medio, infligi vult D. Wissenb. ut ne crimen extraordinarium esse videatur. *th.* 5. *h. t.* Sed poena ipso Jure competens, non excludit, imo supponit, opinor, accusandi facultetem, quae requirit, ut de facto constet: oeo dubium, quin ed Stellionatus figuram foenebre delictum referri possit, *l.* 3. §. 1. *in fin. Stellion.* Civilis actio de usuris illicitis, est condictio indebiti, sorte soluta; vel ea manente, fit imputatio in sortem. *l.* 26. *in pr. de Condict. indeb. et l.* 18. *C. de Usur.* Sand. 3. 14. 7.

FINIS USURARUM.

XXIII. Finis usurae soluta sorte. XXIV. Ut nec peti possit deinde, quod tamen limitatur. XXV. Tres aliae limitationes. XXVI. Oblatio et consignatio pro solutione; pariter scil., non oblatio sola. XXVII. Æquatione sortis usuram finiri. XXVIII. Utrum rectius usurae solutae et solvendae, an hae solae in duplum computentur: XXIX. Hanc sententiam Frisiae Ordines secutos: certis tamen exceptionibus ex jure probandis.

23. (s) Finitur usure bifariam, per consequentiam, aut per se. Per consequentiam, quoties obligatio principalis est subleta; tunc enim et usuram ut accessoriam tolli consentaneum est, *l.* 26. *fin. pr. C. de Usur. arg. l.* 178. *de R. J.* non modo si ipso jure sed etiam, si per exceptionem, veluti praescriptione temporis, sublata sit usura. *d. l.* 26. *in pr.* Sed pone triginta annis actionem sublatam, an usurae viginti novem annorum, a quibus scilicet anni 30.

(s) *Pos.* 28.

(4) *Apud nos ex constitutione Caroli V.* de 4. Octob. 1540. *mercatoribus concessum est, in annum unum dumtaxat, stipulari id quod interest, usque ad usuras centesimas, ita ut, ubi hic modus non exceditur, ea res cujusque conscientiae relicta sit, eaque stipulatio loco probationis ejus quod interest in foro externo admittatur, at adversus eam admitti possit probatio in contrarium. quod tanti non interfuerit creditoris. His, qui mercatores non sunt, eadem constitutione interdictum est pecuniam suam ad certum lucrum collocare, etiam ad annum unum: pecunia ejus qui contra fecerit, fisco addicitur in poenam illiciti foenaris. Vide D. Stockmans* decis. 76.

* Sicuti Jure Imperii ultra quincunces usurae pro illicitis habentur, *R. I. d. An.* 1654. §. 174. *Anreichand.* ita eadem quantitas nostro Jure definita est, *Torgavisch Ausschreib* d. An. 1583. tit. *von wucherlichen* Contract. §. *als haben wir j. Res Grav. d. An.* 1657. *von Kammer-und Rent-Sachen.* gr. 12. *Corp. Jur. Sax. p.* 1086. *Dec. El.* 9. Ac, quamvis mandatum *Reg. d. ann.* 1702. *d.* 12. *Jul.* semissales, ac in causis cambialibus, bessales quoque permiserit. vid. Mencken Disp. *de tutore et Curatore ad usuras ex suo debito usurarum obligoto. th.* 22. et 24. alio tamen Mandato recentiore *d. An.* 1704. *d.* 12. *Martii* pristinum Jus reducere placuit, adeo, ut, ne quidem volente debitore, nec inter mercatores, aut piis causis, majores usuras accipere liceat. vid. *Mand. El. d. An.* 1671. *App. Corp. Jur. Sax. p.* 23. Interim in aliis Saxoniae Provinciis 6. pro 100. stipulari permittitur, teste Richter. *dec.* 74. *n.* 5. *sq.* et *vol.* 2. *Cons.* 264. *num.* 7. quas in Cambiis quoque promitti, patitur *I. Mand. Nov. Reg.* imo tolerantur etiam census Promobiles, *die Rutscher Zinsen.* vid. *L. R. l.* 1. *art.* 54. qui, si statu die a censito exacti et non soluti sunt, altero die duplicantur, tertio triplicantur ac ob ulteriorem moram amplius multiplicantur. add. Carpz. *P.* 2. *C.* 38. *d. ult.*

** Nostrum Jus usurariam pravitatem gravissime coercet. Nam (1) creditor jacturam totius sortis patitur. *Mand. El. d. an.* 1625. §. *So wollen. Corp. Jur. Sax. p.* 508. (2) Usurarii manifesti excluduntur a confessione, absolutione et honesta sepultura, *d.* §. *j.* c. 2. *d. Usur.* 6. ac (3) infames habentur et arbitrarie coercentur. conf. Carpz. *Pr. Crim. qu.* 92. *n.* 40. *seqq.* Imo debitores quoque usurariam pravitatem reticentes, quarta parte crediti mulctatur, *d. Mand.* §. *so wollen.*

non siet elapsi, adhuc peti possunt, quasi initio *praescriptionis* a singulis annis ducendo? Sicut est in *l.* 7. §. *ult. C. de Praescr.* 30. *annor.* ut usum ejus rei et exemplum habuimus in *fin. libri sexti Parte II. pag.* 292. Non placuit hoc argumentum in usuris, sed nominatim praeciditur *in d. pr. l.* 26. ratione disparitatis non obscura, quod in *d. l.* 7. §. *ult.* jus ipsum, unde pensiones annuae solvuntur, adhuc est salvum, cum *in l.* 26. principalis obligatio ceciderit neque subsistet. (5)

24. Quia adeo verum est, obligatione principali sublata tolli accessoriam, ut, si creditori soluta sit pecunia sine usuris, quae ex mora debentur, usurae deinde solae, quippe jam per consequentiam sublatae, peti non possint, *l.* 49. §. 1. *de Action. empt. l.* 4. *C. Deposit:* si modo vere ipsoque jure sublata sit obligatio principalis. Unde quaesitum est super tali specie. Bona debitoris cujusdam erant distracta, pecuniis e creditoribus accipiendis e manu praefecti auctionum, cui dies certa lege publica praefixa est; qua elapsa, est in mora, secundum ea, quae *paulo ante* de obligatione in diem certum, probata sunt. Primi creditores post moram satis longi temporis acceperant pecuniam, deductis impensis ex venditione redactam, et dederant apocham. Sequentes creditores deinde seorsim petebant usuras ex mora, quas ille peti posse negabat, obligatione principali per solutionem extincta: sed condemnatus est ideo, quod solutione facta creditoribus sine cessione debitoris et domini rerum, non erat extincta obligatio principalis, sed Auctionarius se per exceptionem et jure creditoris adversus dominum tueri debebat. Unde petitio usurarum accessoria, non modo propter aequitatem, sed etiam per subtilitatem juris supererat. Ita decisum *inter F. F. in qual. contra Duconem Nautam Actuarium venditionum publice factarum Harlingae. d.* 13. *Octobris* 1680.

25. Quando etiam creditor accipiens sortem protestatus est de usuris, non prohibetur eas petere deinceps, quia protestatio conservat jus alioqui subtilitate legis periturum, *arg. l.* 4. §. 1. *Quib. mod. pign. solv.* ac ita in hac ipsa quaestione Sandius 3. 14. 10. Hinc etiam sequitur, si quis in judicio petierit sortem et usuras non omnes, verum ad certum tempus usque, solutione facta, reliquas usuras non posse peti; cum in parte, quod ad partem, sit idem juris quod in toto quoad totum. *arg.* § 9. *Inst. de Fideicom. haered.* Disputatum ea de re est apud Curiam in tali specie. Titia petierat a Cajo mercedes ex agris sibi restitutis perceptas cum usuris usque ad litem contestatam extensis, atque in eam summam adepta erat condemnationem. Hac soluta, deinde per *declarationem*, petebat usuras temporis post litem contestatam, sine nova litis contestatione. Rejecta erat non simpliciter, *sed uti procedebat.* Intelligebat igitur, se nihil impetrasse propterea, quod, cum nullam haberet condemnationem, sine judicio, per simplicem declarationem usuras petiisset. Idcirco nova petitione petebat usuras, etiam quae post litem contestatam cesserant, et quae ab initio petitae sine dubio adjudicatae fuissent. Verum ut hein et nunc erat, non videbatur jus illas petendi superesse; quia ex mora veniebant, nec ulla causa, principali obligatione sublata, nitebantur. Sed quia creditrix allegabat, etsi non plene probaverat, se esse protestatam de Usuris postea cessuris, et ob alias rationes aequitatis, tum quidem obtinuit *Dorothea a Walta, contra Margaritam a Walta cum soc. d.* ..... 1681. Ex his intelligitur, si usurae propriam habeant causam, ut non ex mora, sed ex stipulatione speciali vel sententia debeantur, tum solutione sortis sine protestatione acceptata, non cessare tamen petitionem usurarum, per *d. l.* 49. §. 1. *de Action. Empt. l.* 8. *vers. ibi enim. D. Quod certo loco.* ut probat et judicatum refert Sandius *d. def.* 13. Verum si principalis obligatio non per solutionem, sed alia rescindente vel adnihilante causa sit extincta, tum usurarum petitio indistincte tollitur et evanescit. *d. l.* 26. *in pr. C. h. t.*

20. (t) Solutioni aequiparatur oblatio et consignatio pecuniae, * quibus pariter factis, desinit usura deberi. *l.* 1. *in fin. h. t. l.* 6. *l.* 9. *et l.* 19. *C. eod. l.* 28. §. 1. *de Administr. et peric. Tut.* Ex quibus satis perspicue probatur, oblationem solam ad hunc effectum non usquequaque sufficere; quia post eam debitor non cessat uti pecunia, cujus ideirco debere pergit usuras. Aliud esse putant nonnulli cum usura ex mora, quae per oblationem tollitur et

(t) *Pos.* 31.

(5) *An idem apud nos de annuis reditibus dici possit, quod jure Romano de usuris, merito dubites, eo quod in nostris reditibus nulla sit obligatio quoad sortem. Invaluit tamen ut eadem praescriptionis regula regantur*, ait *D. Stockmans.* decis. 81.

* Hac ratione debitorem a cursu usurarum se liberare, permittit *Dec. El.* 27. si forte judex de non solvendo praeceptum emiserit, quod si enim pecuniam judicialiter deposuerit, vel in judicio obsignari curaverit, et a peculio sortis et a praestationa usurarum immunis est, Fincketh. *Obs.* 59. Philipp. *ad d. Dec. Obs. un.* j. Carps. *P.* 2. *C.* 30. *d.* 34.

purgatur, ut docent *l.* 73. §. *ult. de V. O. et l.* 72. *in pr. de Solution.* debetur. (6) Alii frequentem oblationem putant depositionis et obsignationis loco esse, quia tum constat, debitorem usum non esse pecunia. * Sic D. Wissenbach. ad *h. t. th.* 25. idque propter *l.* 122. §. 5. *de V. O.* ubi, *Si Seja non cessasset offerre pecuniam usuras jure non deberi.* Item ob *l.* 4. *C. de usur. pup.* Occupavit ad hos textus responsionem D. Thomasius.

SCHOLIUM.

Sed hac limitatione non videtur opus, tum quia ad l. 122. §. 5. de V. O. *etiam responderi potest ex* Part. I. Tit. quib. mod. toll. oblig. n. 16. *tum, quia in* l. 4. C. de Usur. pupill. *specialis casus est de tutore, cujus debitum non est liquidum ante redditionem rationum, nos vero loquimur de debito liquido.*

RESPONSIONIS plenioris causa velim sequentia serviant. Nos ipsi limitationem Wissenbachianam paulo superius intercepimus diversa interpretatione verborum, *si non cessasset*, in *d. l.* 122. Responsio, quam Thomasius suggerit ex *positionibus nostris*, haec est; quod e legibus oblationem et obsignationem pariter requirentibus supplendi sint textus qui de oblatione sola loquuntur. Nisi et hoc videatur; in illo §. 5. poenam videri esse fidei ruptae et temerariae litigationis, tribus sententiis consonantibus refutatae, ne quis pecuniae injustissime recusatae usuras insolenter petat; cujusmodi malitia, praeter responsionem Thomasii, offendit etiam in *d. l.* 4. *C. de Usur. pupil.* Hoc etiam tenendum, si non fuerit cui solveretur, usuram, quae ex mora venit, non deberi, ut si pupillus non habeat tutorem, vel peregre abfuerit creditor. *l.* 17. §. 3. *h. l.* 7. §. 2. *de Minor.* Ejus enim temporis inculpata mora est. *l.* 9. §. 1. *h. t.* Quid enim imputari potest ei, qui solvere etiam si vellet non potuit? *d. l.* 17. §. 3. Quando obsignationi locus est, haec in publico apud officium judicis fieri debet, *l.* 19. *C. h. t.* ad cujus anceps damnum evitandum fit aliquando, ut creditor se pecuniam habere pro consignata profiteatur, et tunc usuras quoque cessare consentaneum est, etiam vero, si judex, vel is apud cujus officium fit obsignatio, idem apocha tradita sit confessus. Sand. 3. 14. 13.

27. (u) Diximus, quomodo per consequentiam usura tollatur; videamus, quo pacto per se finiatur. Id fieri *Conventione contraria*, tralatitium est; sed inprimis huc pertinet *Æquatio sortis*; nec enim placuit, usuram, quae est accessio, fieri sorte majorem principali, et hoc est, quod dicitur, usuram non posse *duplum* excedere, *l.* 26. §. 1. *de Condict. indeb. l.* 10. *C. de usur.* quemadmodum fere id omnibus linguis accidit, ut aequipolleant hae formulae, *dimidio plus, altero tanto plus et duplo plus vel majus.* Sed in duplo non computantur usurae solutae; *Tunc enim ultra sortis summam usurae non exiguntur, quotiens tempore solutionis summa usurarum excedit eam computationem*, verba sunt *d. l.* 10. Placet audire Wissenbachii nostri ἐπίκρισιν. Hoc *Antonini Rescriptum*, inquit *th.* 23. *sana ratione destituitur. Ita enim meliore conditione erit acerbus usurarum exactor, creditor, quam benignus dilator; et rursus ex contrario, deteriore conditione erit diligens in solvendis usuris debitor, quam tardus et morator, contra l.* 33; *h. et l.* 8. *de Compensat.* Cujus *iniquitatis* pergit, *admonitus Justinianus, constituit* in *Nov.* 121. *et* 138. *usurarum solutiones particulariter factas coacervari et in duplum computari, abrogata d. l.* 10. Quanquam et ante Justinianum Graeci Impp. idem statuisse videntur, ut ex *l. pen.* de basilicis excerpta, *d. tit. C. de Usur.* intelligimus, ubi; *Usurae minutim et per intervallum solutae, cum duplo compensantur*; quem textum D. Wissenbach ut ἀμόψηφον *d. l.* 10. citat, minus attente inspectum.

(u) *Pos.* 29.

(6) *Quarum sententiam veriorem esse puto. Cum enim unica, in supposito, usurarum causa sit mora, consequens est, ut, cessante mora (quod contingit per solam oblationem* l. 73. §. ult. l. 91. §. 3. de V. O. l. 72. pr. de solut.) *cesset quoque sive sistatur usurarum cursus. Sed et ipsemet Auctor* n. 42. h. t. *expresse docet, purgatione morae ejus effectus cessare, ergo cessabit cursus usurarum. Deinde, si purgatio morae efficiat, ut alii effectus morae cessent* l. 17. de peric. et comm. rei Vend. *quidni et efficeret, ut cessarent usurae, cum harum cursus sit alter morae effectus? Quod attinet leges quae consignationem requirunt, eae non agunt de usuris ex mora sed de usuris ex conventione debitis, quarum cursus proinde per solam oblationem sisti nequit.*

* Ob eamdem rationem ab usuris *d. Dec.* 27. absolvit debitorem, qui Jurejurando, aliave ratione probat, se post emissum de non solvendo praeceptum, pecunia credita non fuisse usum, licet eam judicialiter haud deposuerit, imo debitorem quoque, qui literas Moratorias impetravit, in usurarum praestationem in solidum condemnari, non patitur *Dec.* 80. si probare possit, se, durante quinquennio, pecunia ac facultatibus suis uti non potuisse. j. Philipp. *ibid. Obs. an.* licet regulariter hujusmodi literae cursum usurarum non sistant, sed exactionem tantum differant. *d. Dec.* add. Ant. Fabr. *Cod. l.* 1. *tit.* 9. *def.* 8.

28. Quod ad censuram Wissenbachianam attinet, non possum, quin valde ab eo dissentiam. Puto, civilius et prudentius consultum ab Antonino, quam a Justiniano. Nam, ut antea diximus, Legislator in moderandis usuris id inprimis spectat, ne homines angusta et inclinata re, destruantur; quales solent esse, qui usuras solvere nequeunt, creditoribus quidem raro cunctantibus exigere: qui autem usuras prompte solvunt, non sunt in eo statu, ut egeant hoc levamine: sic igitur nihil est caussae, quamobrem usurae solutae cursum usurarum solitum abrumpere debeant. Nec ideo placet distinctio Facultatis Wittenbergensis, utrum creditor fuerit in mora exigendi, an debitor in mora solvendi, ut tum scilicet huic pareatur, referente Strauchio *Dissert. Justin.* 28. *th.* 16. *in fin.* Praeterea movet haec ratio; quod regula, ne accessio major sit principali, tum proprie locum habeat, quando sors uno loco, et usura in cumulum redacta opposito loco consistit: ut tunc usura sorte sit major, equidem est absurdum, sicut habet *d. Lex.* 10. sed usura soluta εἴχεται, abiit et est transmissa, nec ut accessio, quae non est amplius, considerari potest. Tertia ratio; per sententiam Justiniani, nulla foenebris pecunia, pro qua semisses usurae solvuntur, ultra *sedecim* annos, usuris licet annuatim solutis durare posset: quod pupillis, viduabus, et civitatibus praepostere cederet, quando bene collocatas sortes, e quarum usuris vivunt, eodem loco, ne apud Rempubl. quidem, nisi gratis, relinquere non liceret. Wissenbachii et eorum, quos ille sequitur, rationem parvi esse momenti, satis ex dictis colligas. Nec opus est, ut creditor, qui recepit usuras, fuerit acerbus exactor; Potuit esse *cum efficacia benignus, et eum instantia humanus*, ut est in *d. l.* 33. *h. t.* neque tam debitor impudens, quam impotens morator, cui subveniendum sit, praesumendus est.

29. (x) Has rationes sine dubio in conspectu habuerunt Illustres Frisiae Ordines, quando per Edictum anni 1613. constituerunt, usuras *non solutas*, sortem non posse superare; annuatim vero *solutas*, * quamvis semel sortem aequaverint, tamen sorti postea non imputari, teste Sandio 3. 14. 5. *in fine*, postquam docuerat, legem de duplo non excedendo, pertinere ad omne genus usurarum, etiam pupillarium, ex stipulatione vel mora, pretio quoque non soluto, debitarum; quia *Lege non distinguente vel excipiente, nostrum non est, distinctiones aut exceptiones comminisci*, secus ac auctores *quos ille citat.* Saltem si ex rationibus juris non proferantur exceptiones, quales sunt duae, quas nollenabimus. Prima, quando debitor est condemnatus in sortem et alterum tantum usurarum; ab eo tempore, quia novatur prior contractus et nova inducitur obligatio, novus incipit cursus usurarum de sorte condemnationis, ut ipse probat Sandius *d. l. tit.* 14. *def.* 11. Altera exceptio esse videtur in usuris compensatoriis; quamdiu usurae non excedunt modum damni vel lucri cessantis, quod creditor vere se passum vel passurum demonstrat, nulla datur ratio cursum usurarum abrumpendi, ut erat in casibus supra in quaestione de usuris usurarum. Quando reus ex alieno agro tot annorum fructus percepit, ut duplum egrediantur, quis dubitet, in illis cessare constitutionem dupli; cum alioqui regula naturalis aequitatis, ne quis ex alieno locupletior fiat, offenderetur; atque ita in praedictis casibus, usuris loco fructuum computatis, a Curia suprema judicatum est, ante magnas ferias 1679. et 1680. Carpz. *part.* 2. *C.* 30. *Def.* 28. *n.* 2.

DE EO QUOD INTEREST.

XXX. Quid sit. XXXI. Ejus regula prima de duplo non excedendo in casibus certis, et usus ejus. XXXII. Regulae contrariae in casibus incertis et alias, usus. XXXIII. Sintne delicta casus certi, an incerti. XXXIV. Secunda regula, ne lucri et damni ratio sit extraordinaria, exemplo illustratur. XXXV. Tertia regula.

30. Explicata est pars prima Rubricae de Usuris, quibus admodum affine esse ID quod INTEREST, aliquoties intelleximus. Est nihil aliud, quam Æstimatio damni illati et lucri cessantis. Interesse, inquit Paulus, *est, quantum mihi abest, quantumque lucrari potui. l.* 13. *princ. ff. Rem ratam haberi.* Tres ad aestimationem illam gubernandam regulas, habuimus in *Parte I. tit. de Action. n.* 17. *pag.* 420. de quibus luculenter agit Perezius *ad tit. C.*

(x) *Pos.* 29. *et* 30.

* Jure Saxon. Electorati, non modo particulariter praestitae usurae ultra alterum tantum recte accipiuntur, sed etiam, nondum solutae peti possunt, si creditor doceat, se debitorem de facienda solutione, judicialiter interpellasse, *Dec. El.* 2. 9. ibique Phil. *obj.* Carpzov. *Pr. Crim, qu.* 92. *n.* 59. *Id. l.* 4. *Resp.* 48. *n.* 2. *seq. add. Dec. El.* 8. *et* 9.

de Sentent. quae pro eo quod int. prof. Usus earum regularum saluberrimus est, si recte applicentur; sicut e contrario videre quidem contigit, earum neglectum in foro producere, quod Imper. in *d. l. un.* devitare voluit, ut *quibusdam machinationibus id quod interest in circuitus inextricabiles redigeretur.* * Addemus exempla quaedam memoriae nostrae.

31. Regula prima olim exposita est. *Ne id quod interest in casibus certis excedat duplum.* Quidam conduxerat praedium officinae figulinae, quod locatores ob neglectam renunciationem veteri conductori faciendam, praestare non poterant, ideo condemnati sunt in id quod interesset. Conductor probaverat se potuisse in illo anno lucrari mille florenos et amplius; denique condemnationem in tantum adeptus est. Atqui non debuisset ultra trecentos florenos consequi, quia merces annua praedii non excedebat 150. carolinos, quod erat *simplum*, et contractus locationis est *certus*, id est certae quantitatis, tales autem duplum egredi non possunt. *d. l. un.* Alias: venditae erant terrae palustres unde cespites ustiles effodiuntur, eaeque evictae fuerant, ac ita venditores in id quod interest tenebantur. Contractus erat certae quantitatis, ideoque non poterat id quod interest excedere duplum pretii. Emptores probaverant lucrum cessans, credo, ultra sextuplum; venditoris advocati non utebantur hac regula; *ne ultra duplum.* Quae regula incredibile est quam vulgo ignota visa sit. Res ire videbatur ad condemnationem, nisi ex officio haec regula suppleta fuisset; nec tamen eo tempore decidi potuit, non quo pacto definita sit, intellexi. Nihil certius erat quam ultra duplum pretii non posse id quod interesset aestimari; utcunque liquidissime probaret actor sua multo pluris interesse, quod non modo ex *d. l. un.* constat, sed etiam juri veteri consentaneum est. *l.* 13. §. 26. *de Action. empt. l.* 9. *et l.* 44. *de Usur. l.* 4. *de Naut. foen. l.* 15. *C. de Usur.*

32. In casibus incertae quantitatis, ut sunt facta, possessio et similia, cum nullum simplum sit, regulam dupli cessare necesse est. *d. l. un.* Peres. *ibidem n.* 12. Quin etiam in certis casibus haec est notabilis limitatio; si quis *ob dolum* in id quanti interest condemnatus sit, eum in omne quod vere interfuerit, etsi ultra duplum, teneri, *l.* 13. *in pr. de Act. empt.* Peres. *ibid. n.* 11. cum quo conciliare vix possum, quod idem *n.* 19. tradit, si petatur id quod interest, propter culpam quoque in tradendo commissam, exceedi posse duplum. Quod in hanc rem ex *l.* 6. §. 4. *de Action. empt.* et ex *l.* 19. §. 1. *Locat.* profert, id mihi potius aliam suggerit limitationem regulae de casibus certis et incertis; nempe, quod contractus certi recipere possint incertos casus accessorios: ut si venditor recipiat integrum esse vas quod integrum non sit. Ejusmodi qualitatis consequentia per *effusionem* plane est incerta, cujus nullum extat simplum; ideoque nec ad duplum restringi potest hoc e *d. l.* 6. §. 4. Dein et sine conventione damna, quae ex facto alicujus speciali immediate oriuntur, ab illo simpliciter ut accessiones praestari debent, veluti, quando vas pertusum ignoranti venditum est, ut liquor inde multus effluxerit, *d. l.* 6. *et l.* 19.

33. Caeterum, ex eo quod diximus ob dolum posse duplum excedi, pendet decisio quaestionis, an et delicta, quatenus in illis de eo quod interest quaeritur, regulae dupli subjecta sint, negante Peresio, contra Glossographos ad *d. tit. n.* 20. Quatenus in delictis dolus, ut plerumque, vertitur, non potest dubitari; si culpa dumtaxat, ut in Lege Aquilia, pretiumque rei perditae vel corruptae certum sit, videbatur esse locus *d. l. un.* Sed obstat *arg. d. l.* 6. *et l.* 19. specialis reatus facti. Postremo, si conventione partium id quod interest per modum poenae definitum sit, verius est, constitutionem generalem non prohibere quominus pactio valeat, ut probat Perez. *d. l. n.* 21. et Tulden. ad *d. tit. n.* 5.

34. Secunda regula moderatrix ejus quod interest, ponitur, *quod lucrum cessans non foris, vel fortuito eveniens computetur, verum quod circa rem consistat et ordinarium, non quod exquisitus aliquando casus obtulerit, l.* 21. §. 3. *de Act. empt.* Cujac. 9. *obs.* 31. Perez. *ibidem n.* 15. *et seq.* sub eadem exceptione, *nisi dolus arguatur*, vel *proprium* culpae *factum* post contractus perfectionem supervenerit. *d. l.* 13. *in pr. de Act. empt. d. l.* 19. §. 1. *Locat.* Etenim tunc omne damnum vel lucrum cessans, etiam fortuitum et ultra duplum praestari jubet, cum lex, tum ratio juris: utcunque etiam alteri aliquid omissionis objici possit. Placet exemplo rem denuo illustrare. *Hippolytus ab Arssen* emerat ab alio cespitifodinas, hac lege, ut venditor emptori liberum navigationis exitum praestaret in fossam communem. Emptor fossa peculiari ducta versus illam communem, reperit ibi orbem terrae modicum sibi non venditum, sed a venditore ibi studio relictum, ut emptor exitum in communem fossam, quod satis

* Hos circuitus ut evitent, permittit creditoribus ex singulis centenis quinque, tanquam interesse moras petere *P.* 2. *C. El.* 30. *Torgauisch Ausschreiben d. an.* 1558. *rub. von Wucher.* §. *als haben wir.* Carpz. *l.* 4. *Resp.* 50. *n.* 22. *sq.* Id. *P.* 2. *C.* 30. *def.* 15.

constaret, obstrueret. Condemnatus est venditor in quod Emptoris interesset. Cum ad taxationem ejus quod interest perventum esset, victor probabat diurnum opus cespitum, ut loquuntur, illa aestate, qua impeditus fuerat, constitisse quadragenis florenis, postremo recidisse ad vicenos, pro quibus deinde coactus erat vendere suos cespites. Hoc damnum, vel lucrum cessans, ingentem pecuniae summam, et longo forsan ultra duplum totius agri venditi efficiebat. Alter haec objiciebat. I. Pretium illud ingens cespitum fuisse extraordinarium. II. Damnum ex facto venditoris non necessario secutum esse; nam si Emptor alia regione fossam duxisset propriam, non obstante orbiculo terrae intermedio, in communem fossam vehere potuisset III. Potuisset, ubi ad obstaculum terrae perveoerat, ponte facto, ut postea fecerat, confestim cespites in communem fossam transvehere et ex continenti vendere; proinde quod damnum mora suaque negligentia passus erat, id venditori non posse imputari. IV. Emptori oblatos fuisse pro singulis *operibus diurnis* cespitum, binos supra triginta florenos, quos cum recusasset, ipsi esse imputandum id lucrum cessans. Proinde venditorem non teneri, nisi forte ad impensas pontis deinde facti et cespitum transportatorum. Quod ad primam rationem attinebat, pretium illud maximum illa tempestate commune tota Frisia fuerat, quale fori incrementum, licet inexpectatum, non potest effugere ejus quod interest aestimationem; et praeterea per dolum hic praetextus excludebatur. *d. l.* 13. *in pr.* Secunda sero allegabatur, postquam venditor in id quod interest erat condemnatus; nec antea potuerat obstare, quia probatum erat, venditorem data opera, hoc est dolo, terram intermediam reliquisse, ut impediret, quod ipse praestiturum se receperat. Tertia ratio non proderat etiam venditori, propter suum dolum, et quia pontis confectio res erat inventionis novae, quam non erat mirum, emptori non statim in mentem venisse, et testes etiam nonnulli ratiocinabantur. Nec *quarta* ratio dolum venditoris excusare poterat, ut nec emptori imputandum fuerat, quod, cum cespites constarent 40. noluisset eos vendere pro 32. Quamquam juris igitur rationes pro *Triumphante* militare viderentur, tamen ut est hujus rei praxis valde lubrica et tantum non arbitraria, factum est, ut venditor vix ultra quam obtulerat sit condemnatus. πλειονότητι *d.* 16. *Septembris* 1680.

35. Ultima regula, *Quod non affectio domini, sed aestimatio communis spectanda sit*, *l.* 33. *princ. D. ad Leg. Aquil.* patitur eandem doli exceptionem, propter quam actori licet in infinitum, pro affectione sua, taxare id quod interest. Quod est officium juris'urandi in litem, de quo satis actum *Part. II. tit. de In litem jurando.*

DE FRUCTIBUS ETC.

XXXVI. Quando et in quibus Judiciis fructus praestentur. XXXVII. An usurae fructuum praestentur, et quatenus ex legibus, aut usu fori. XXXVIII. Causa quid, et quotuplex. XXXIX. De Accessionibus. XL. Effectus Morae superius emissi respectu debitoris. XLI. Alii respectu Creditoris. XLII. Casus quibus mora finitur.

36. Secunda pars est de fructibus, de quibus agere occupavimus in *Parte I. pag.* 133. *et seqq.* Rursus *in Parte II. pag.* 272. *et seqq. et pag.* 281. *sq.* Hoc loci monendum vel repetendum, fructus in bonae fidei judiciis a tempore morae deberi, tam si mora sit ex re, quam ex persona, *l.* 23. §. 2. juncta *l.* 34. *h. t.* veluti in causa dotis. *l.* 32. §. 1. *h.* Imo etiam in strictis actionibus, quoties aequitas ita dictat, ut in condictione rei indebite solutae, §. 2. *d. l.* 38. *et l.* 15. *de Cond. ind.* in repetitione rei mortis causa donatae, §. 3. *d. l.* 38. in legatis et fideicommissis. *l.* 3. *pr. h.* In revocatione rerum in fraudem creditorum alienatarum. §. 4. l. 38. Additur, in repetitione rerum vi metuque ademptarum. §. 5. *et* 6. *ibid.* Sed hoc referri potest ad locum communem, quo dictum est alias, malae fidei possessores ad omnes fructus restituendos teneri, hoc est, a tempore scientiae, *l.* 23. §. 1. *et l.* 48. *de A. R. D.* quae cum per interpellationem adquiratur, dicendum videtur, ex mora personali fructus semper et indistincte esse restituendos. Sed absque mala fide sic est regula; fructus in stricti juris contractibus a lite contestata esse praestandos. *d. l.* 38. §. 7. *h. l.* 91. §. *ult. de Leg.* 1. *l.* 22. *C. de R. V.*

47. (y) Hoc et alias expositum: sed quaesitu dignum est, an fructuum perceptorum usurae a condemnato praestentur. in *l.* 15. *h. t.* negatur, tam de fructibus ante, quam post litem contestatam ex officio adjudicatis: atqui de fructibus ante, non post litem contestatam perceptis, usuras deberi scriptum est in *l.* 51. §. 1. *de*

(y) *Pos.* 32.

Haered. Pet. quod est ἀπροσδόκητον: nam post litem contestatam praestationes sunt pleniores, et conditio actoris exinde fit melior *l.* 86. *de R. J.* Sed ratio petitur ex intima juris philosophia. Non placet accessionis dari accessionem; fructus sunt accessiones fundi; usurae quoque sunt accessiones, ideo non possunt accedere fructibus. Cur igitur in Haereditatis petitione? Quoniam in illa fructus non sunt accessiones, sed pars haereditatis, veniuntque in ipsam haereditatis petitionem, *l.* 20. §. 3. *de Haered. petit.* cum in petitionibus rerum singularum veniant ex officio judicis. *d. l.* 15. At in ipsa haereditatis petitione fructus post litem contestatam percepti, cum in petitionem venire nequiverint, ex officio adjudicandi sunt, ac ita fiunt accessiones, incapaces usurarum. *d. l.* 51. §. 1. Nec aliter in foro servandum, docet Faber *l.* 5. *C. tit.* 2. *def.* 4. ubi diserte addit, ita juris esse, tametsi fructus certa quantitate fuerint aestimati, vel usurae sint taxatae, non magis enim fructuum usuras, quam usuras usurarum deberi. Idem Brunnemannus *ad d. l.* 15. Quod ab usu fori nostri, ut *supra* intellectum est, abhorret, ubi fructuum in condemnationem deductorum, si quantitatis aestimatae sive *taxatae* sint, usurae sine dubitatione, tam ante litem contestatam in judiciis bonae fidei, quam postea, praestantur et adjudicantur. Mornacius *ad l.* 15. accipit eam de fructibus in specie perceptis, non de aestimatione eorum pecuniaria, cum ait, illi esse derogatum per *L. frumenti* 12. *C. h. t.* quae statuit, hordei vel frumenti mutuo dati accessionem praestari; quin et in oleo ac quibuslibet fructibus, accessio ejusdem materiae usura dicitur, *l.* 23. *C. eod.* ut *supra* vidimus. Esse hanc veram *L.* 15. cum *d. l.* 51. comparatae sententiam, haud fidenter dixerim; sed habet aequitatem civilem: satis enim grave videtur, possessoribus etiam malae fidei, qui de fundis alienis certas mercedes tot annorum pro fructibus acceperunt, eos sine usuris illas pecunias restituendo defungi. Qui vero fructus ipsi perceperunt, postquam hi cum impensis collocati liquida pecuniae summa aestimati sunt, quid est iniquum in eo, quod ab illo tempore quantitatis illius usurae praestentur? Imo illud nequidem in *l. ult. C. de usur. rei jud.* prohibitum videri, diximus *antea.* Sic etiam habet usus, sine scrupulo Fori nostri. Apud Sandium non nihil hac de re, tam frequentis usus, cum legibus ita confligentis, collocatum vellem. Plura de fructibus et eorum compensatione cum expensis occupata sunt apud *tit. de Rei Vindic. n.* 7. *et seqq.*

38. (z) Pars *tertia* Rubricae de CAUSIS loquitur. Quam πολύσημος illa vox sit, exponit copiose Brissonius *de V. S.* voce *Causa.* Ad hunc locum pertinet significatio, quod *Causa* sumitur pro omni qualitate et utilitate quae circa rem vertitur, ut Cujacius ad *h. t.* Haec definitio indicat esse duplicem causam, internam et externam. Ad internam pertinent qualitates rerum, ut bonitas, fertilitas, immunitas praediorum, libertas hominis, agilitas, integritas jumenti. Ad externam referuntur, quae a rebus ipsis manant, ut partus ancillae, qui non est in fructu, §. 37. *I. de R. D.* foetus ex foetu qui fuit in fructu, Cujac. *h. t.* placet etiam fructus ipsi, sub causa generaliter sumpta comprehenduntur. *l.* 2. *et l.* 38. §. 7. *h. t.* Tu rogabis, quae sit ratio appellationis; nam quae sunt enumerata, magis ad effectus quam ad causas pertinent. Non possum reddere meliorem, quam dat Justinianus in §. 3. §. *de Off. Jud. Non sufficit, si exhibeat rem is cum quo actum est, sed opus est, ut etiam rei CAUSAM debeat exhibere, id est, ut eam causam habeat actor quam habiturus esset, si, quum primum ad exhibendum egisset, exhibita res fuisset.* Per *Causam* ibi conditionem sive statum rei, de qua agitur, intelligere videtur. Plerumque causa negotium ipsum denotat, causa haereditatis, causa fideicommissi, alia causa. *l.* 5. *de R. J. et l.* 12. *de Solut.* Sic in omnem *causam* fidejussor obligatus. *l.* 54. *Locati.* Inde tropus facilis pro conditione qualitate causae. Sic in omnem conditionem obligatus, idem quod in omnem causam *l.* 68. §. 1. *de Fidejuss.*

39. (a) Tandem quoque pars IV. Rubricae, quae est de Accessionibus, etiam fructus atque causam continet, addit tamen aliquid prioribus, scilicet alluviones et avulsiones insulasque in fluminibus natas, item consolidationes, *de quibus alibi dictum est.*

40. (b) Postrema et V. Rubricae pars de *Mora,* jam occupata, potest hoc loci adhuc capere exhibitionem effectuum, qui inde apud leges oriri dicuntur. Praecipui effectus sunt a parte debitoris. I. Quod res sive species debita, post moram commissam sit ejus periculo et pereat ejus damno, *l.* 23. *et l.* 82. §. 1. *de V. O.* nisi casus, quo res periit, ejus generis sit, ut res apud ipsum creditorem aeque periisset, velut, si res sua natura interciderit, *l.* 14. §. *ult. Depos.* quod tamen non semper usquequaque procedit, ut videre est in *l.* 15. §. *ult. de R. V.* Addenda quoque est regulae haec limitatio; nisi dolus creditoris intervenerit, quem

(z) *Pos.* 32. 33. *et* 34. (a) *Pos.* 35. (b) *Pos.* 36.

in illo oasu solum praostat. *l.* 17. *de Peric. et comm. rei vend.* II. Effectus secundus est, quod mora perpetuat obligationem, *l.* 91. §. 3. *et sequ. de V. O.* etsi dies fuerit adjectus quoadusque duraret. *l.* 59. §. *pen. Mundat.* III. Tertius effeotus; mora facit ut fructus et usurae in bonae fidei judiciis exinde debeantur, quod *supra* expositum est ex *l.* 32. §. 2. *l.* 34. *et l.* 38. *h. t.*

41. Respectu creditoris mora quem habeat effeotum, similiter demonstratum est; si recusaverit debitum opportune oblatum ipsius periculo sita est res debita. *l.* 30. *et l.* 72. *pr. de Solut.* Cui addo, quod distractio pignoris, jure creditoris facta, post moram a se commissam non valet. *l.* 8. *C. de distract. pign.*

42. Sed neo obliviscendum, hos effectus cessare purgatione morae, quae fit oblato debito, re adhuc integra, ut eleganter docet *d. Lex.* 91. §. 3. *de V. O.* item per novationem, *ex l.* 8. *pr. de Novat. l.* 72. §. 1. *de solut.* An et compensatione reciprocae morae tollantur ejus effectus? Ita videbatur, quia dolum mutuum compensari jam pridem intelleximus. *l.* 57. §. *ult. de Contrah. empt. l.* 3. §. 3. *De eo per quem fact.* Sed vix est ut hoc usum habeat alibi, quam in transitoriis commissis: in his, quae tractum temporis habent, posterioris effectus durat. Atque ita posterior mora nocet ei, per quem stetit, quominus solveretur, aut solutio acceptaretur. *l.* 17. *de Peric. et Comm. rei vend.*

TIT. II.

EE NAUTICO FOENORE.

I. Quid Foenus Nauticum, et an usus ejus reprehendendus. II. Quantitas ejus. III. Analogiam ejus ad quasdam terrestres obligationes extendi.

(a) Nusquam usurae laxior facultas, quam in negotiationibus maritimis, propter lucri abundantiam, exercetur. Qua, cum periculi magnitudo non sit minor, saepe fit, ut pecunia navigantibus periculo creditoris mutuo detur, quae a trajiciendo mare, dicitur pecunia *trajectitia l.* 1. *et pass. h. t.* ejusque periculi respectu usuram capere licet centesimam, *l.* 4. *h. l.* 1. *et* 2. *C. h. t. et l.* 26. §. 1. *C. de Usur.* quae ob sortis, inquam, evidens periculum, nihil habet iniquitatis, etsi Pontifex aliter in *c. naviganti.* 19. *X. de Usur.* (1) nec non Plutarchus *Comparat. Demost. et Ciceronis,* qui, cum narrasset, Demosthenem ac Regiis largitionibus corrumpi passum fuisse, πρὸς τὰς δωρεὰς ἀντιβλέψαι οὐκ ἂν ἐτόλμησεν. *Ad largitiones oculos vertere non fuisset ausus,* inquit; mox addit false; τοῦτο τὸ ἔργον ἀνθρώπου δανείζοντος ἐπὶ ναυτικοῖς. *Neque vero expectandum erat,* inquit, *ab homine, qui usuras nauticas exerceret.* Puto Demostheni in civitate, maritima negotiatione florente, non fuisse vitio vertendum, quod pecuniis suo periculo navigantibus credendis mercaturae adderet vigorem: an ita, censent hodie prudentissimi quique civitatum, in quibus mercatura viget, moderatores.

2. (b) Quin etiam quia periculorum magnitudo et multitudo mirifice variat, prout magis minusve longinquum est iter, et saepe mare infestum est oris barbatricis atque piratis, inde moribus hodiernis receptum est, ut pretium periculi, pro ratione formidinis, hoc est usura, crescat et augeatur, etiam ultra centesimam, teste Grotio *lib.* 3. *Introd. c.* 11. Molinaeo *de usur. n.* 93. *et seqq.* Groeneweg. ad. *l.* 26. §. 1. *C. h. t. n.* 2. Notum est hoc genus usurae vocabulo *Bodemerjie*, a voce *Bodem,* id est, *fundo navis.*

3. Quin etiam in terrestri negotiatione, quoties pecunia creditur hac conditione, si debitor eventu prospero negotietur, recipiat creditor pecuniam, secus eam perdat, usuram pro modo periculi augeri posse, docet *Lex.* 5. *h. t.* De cujus intellectu et lectione, videatur Cujacius 6. *obs.* 28. Wissenbach. ad *h. t. th. ult.* (2) Quam primum vero transierit *PERICULUM,* cessat etiam usurae augmentum, *l.* 4. *h. t.* ut et, si per creditorem steterit, quominus pecuniam, etiam intra certum tempus praestitutum accipiat. *l.* 8. *h. t.* Adeoque et sine stipulatione trajectitium foenus incipit deberi, *l.* 5. §. 1. et sola oblatio cursum trajectitii foenoris sistit. *d. l.* 8. *h. t.*

(a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 2.

(1) *Lectionem negativam,* usurarius non est censendus *in c.* 19. x. de usur. *post Gonzal. recte defendit Justus Henningius Boehmer in notis ad* cit. cap., cum *tenor hujus decretalis, negationem omnino retinendam esse satis evincat: Etenim Pontifex secundum casum in* cit. cap. *tam arcte cum priori conjungit, ut palam sit idem hoc cum juris esse, quod in priori allatum fuerat: de secundo autem casu ait,* non debet ex hoc usurarius reputari, *adeoque de priori casu dixit*, usurarius non est censendus.

(2) *Adde Noodt de foen. et usur.* lib 2. cap. 7.

TIT. III.

DE PROBATIONIBUS.

I. Continuatio et partitio. II. Quid probatio sit: eam non posse nisi plenam esse. III. Fieri bifariam, artificialiter et inartificialiter. Illam posse fieri per argumenta probabilia cumulata, etiam in criminibus: ubi de exemplo apud Sandium. 5. 9. 14. *IV. Alia duo exempla. V. Quid si secus ex actis et probatis liqueat, quam judici constet, quid judici agendum sit, remissive. VI. Fama, Confessio, Jusjurandum, an species probationis sint. VII. Quid probari debeat. VIII. Quis probare debeat. IX. De interlocutione probandi causa. X. Quo tempore facienda probatio. XI. De articulis probatoriis. XII. De reprobationibus earumque termino. XIII. An probationes unius judicii locum habeant in alio.*

(a) Quanquam titulus de probationibus ad caput de judiciis commode referri poterat, nec forte non debuisset, hic tamen suum locum facile tuetur; quatenus nusquam crebrius de probationibus, quam in materia contractuum, qui sunt de factis saepe dubiis, et de quibus in superioribus libris actum est, disceptatur. Rubrica duas habet partes, de probationibus et de praesumptionibus. Doctrina de probationibus, constat definitione et ejus exegesi, qua divisiones in transitu complecti licebit, hoc modo.

2. (b) Probatio nihil est aliud, quam *Legitima fides, Judici facta de veritate rei dubiae, secundum actoris, aut aliquando secundum rei intentionem.* FIDES hic est persuasio. Graece πίστις, quod est a πείθω *persuadeo.* Nam probatio sic instituenda est, ut judici facultas sit, ex animi sui sententia, quid sine dubitatione credere debeat, existimandi, *l.* 3. §. 2. *de Test.* ubi quidem verba *sine dubitatione* non habentur, sed ex sui animi sententia, quae est προαίρεσις, aliquid statuere, id equidem cum dubitatione consistere non potest. Fides vacillans et titubans non persuadet: sed oportet plene convictus sit judex, qui *ex animi sententia*, quid sit credendum, decernat. Unde patet, *semiplenam* probationem esse contradictoriam, atque ad alteram tituli partem *de praesumptionibus esse referendam.* Inde et sequitur, divisionem probationis in plenam et semiplenam, non esse juridicam. Qui aliter sentiunt, usum semiplenae probationis praecipuum, in uno teste, demonstrant; quasi cum duo testes faciant *plenam* probationem, unus testis *semiplenam* facere debeat, quod arithmetice procedit, juridice non potest, si verum est, quod ait *Lex* 9. §. 1. *C. de Testib.* unum testem, praeclare licet Curiae honore praefulgentem, nullo modo esse audiendum: unum testem esse nullum, εἷς μηδείς. Olim unius testis non omnino nullam rationem habitam fuisse oportet, ex eo quod in *d. l.* 9. §. 1. habetur; Sanximus, *ut unius testimonium nemo* judicum in quacunque causa *facile* admittat; mox. *Et nunc sancimus, ut omnino non audiatur.* Unde liquet, immerito a Wissenbachio nostro ex particula *facile* collectum esse ad *tit. de Test. n.* 32. aliquando in causis civilibus unius testimonio stari posse. Hoc enim non est minus quam dicere; testem unum semiplene probare, quod tamen ipse negat *ad h. t. th.* 3. Ex verbo *facile*, quod ad jus antiquatum pertinet, nihil est quod ad usum praesentem colligamus. Jam hac de re locuti sumus ad *tit. de Jurejur. n.* 13. idemque locus *paulo inferius* iterum occurret. Verum tamen est, doctoralem hanc esse divisionem in plenam et semiplenam, et in tritura Fori celebrem; nec desunt, qui ex ipsa juris arte petitam praedicant, quod procul a vero.

Scholium.

Ita videlicet Auctor fuit edoctus a Wissenbachio, ad h. t. th. 3. *qui propterea Johannem Monachum, Professorem quondam Lipsiensem notavit. Nos causam non videmus, cur ab illa divisione recedamus. vid. ad* Strauch. XXV. 8. p. 363. Lex 9. §. 1. C. de Testib. *uti varias limitationes admittit, quas vide apud Brunnem.* ibid. *ita nihil aliud dicit, quam quod unicus testis* non facile *debeat admitti, et sic a Judice plane non audiri, scilicet ut probationem plenam faciat, et ut ei credatur.*

Responsio.

Qui crebras dissensiones *meas a Wissenbachio* alibi *notat, hinc facile discat, non* auctoritati, *sed rationi hac parte nos obsecutos. Responsio Thomasii ad* l. 9. §. 1. *jam a nobis occupata; et ultima, quae aliorum quoque est, petit principium.*

N. Audit.

Neque eum in finem scholium a me erat adductum, ut Auctori imputarem, ac si

(a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 2. *et* 4.

auctoritatem Wissenbachii magis sequeretur, quam ejus rationes, sed ut lectorem remitterem ad Auctorem, qui plenius hanc quaestionem tractasset, quam tum expedita erat in positionibus. Si praelectiones ad Pandectas tum fuissent editae, remisissem ad eas. Interim ut similiter declarem, quomodo semper paratus sim cedere rationibus melioribus, jam profiteor, me facere cum Wissenbachio et Auctore, postquam scilicet sufficienter didici, probationem minus plenum, i. e. semiplenam, et needum semiplenam, esse purum inventum juris Pontificii.

Textus, quos alii proferunt, et quos heic subjecimus, nihil ad rem pertinent, ex *l.* 3. §. 2. *de Test.* contrarium probavimus. Fideicommissi probatio in §. *ult. I. de fideicomm. haeredit. et l. ult. C. de fideic.* pauciores quinque testibus quidem admittit, et; ubi deficit probatio, juramentum purgationis; hoc autem quid ad semiplenam prubationem? Idem *ad l.* 3. *C. de Reb. Cred.* tenendum, de qua dictum similiter ad *d. tit. de Jurejur. n.* 12. *Lex* 5. §. 6. *de Re Milit.* de praesumptionibus opposite ad probationem agit. *Lex* 37. §. 5. *de Legat.* 3. docet, scripturam codicilli sine ulla probatione haeredem obligare. Denique Tacitus in partes vocatur, 15. *Annal.* 51. *in fin.* ubi: Neronem *suspicatum esse, quae vera non probabantur.* Haec referre, idem est ac refellere.

3. (c) Caeterum, quominus rationes et argumenta aeque fidei faciendae valeant ac testes et instrumenta, non est dubitandum. Quo pertinet vetus scholastica probationis divisio, in artificialem et inartificialem. Ut illa sit, quae per ratiocinationes, haec, quae per instrumenta vel testes fiat; quae sola probationum voce communiter intelliguntur: quando quae probandi caosa fieri solet interlocutio, ad inartificialem solummodo pertinet. Ratiocinatio fit vel ex argumentis necessariis, vel probabilibus, quae sunt praesumptiones. Necessaria sunt infinita, veluti, qui fuit in Flandria, non adfuit eodem tempore Londini conjuratorum coetui; non commisit ibi caedem. Cujus mater non fuit nupta patri ejusdem, is est Nothus: cujus pater est incertus, is spurius, et similia. *l.* 19. *C. de R. V. l.* 2. *C. de in lit. jur. l.* 21. *et ult. C. de Probat. l.* 2. *C. de Test. l.* 34. *C. ad L. Jul. de Adult. etc.* probabiles rationes quid valeant, inferius dicetur. Sed huc pertinet observatio considerabilis, quod concursus probabilium adeo frequens et validus esse possit, ut judici fas sit, ex animi sui sententia statuere, sibi esse probatum, et *plenam* fidem esse factam, etsi plenior dari posset, idque etiam in causis criminalibus et capitalibus, per *l. ult. C. de Probat. l.* 1. §. 4. *de Quaest. l.* 1. §. 3. *ad Leg. Corn. de Sicard.* 22. *C. ad Leg. Corn. de Fals.* Auctores in utramque partem laudat D. Wissenbach. ad *tit. ff. de Poen. th.* 22. et Sandius, qui ad objectiones quoque respondent, *lib.* 5. *Decis. tit.* 9. *def.* 14. ubi exemplum, de cujus re judicata censuram, sine suffragio, Thomasius noster instituit ad *Position.* 17. *h. t.*

SCHOLIUM.

Sed mallem Sandius conjecturas istas determinasset: nam quod attinet exemplum ibidem subjunctum, in eo forte plura desiderare quis posset, secundum ordinem processus criminalis apud nos recepti, quae latius exequi hujus loci non est. Praeprimis in enarratione casus ibi facta, nihil proponitur de depositione uxoris Bieckii, quae tamen tempore homicidii commissi praesens fuerat. Nihil memoratur de qualitate et loco vulneris, item utrum cadaver dissectum fuerit; an minus etc. Nec obstat, quod eventus docuerit Bieckium commisisse homicidium. Id enim factum fuit per accidens, et notum est, etiam ex falsis praemissis quandoque inferri posse conclusionem veram.

RESPONSIO.

Determinatio conjecturarum, quae pro varietate factorum infinitae sunt, frustra exigitur. Depositio uxoris homicidae aeque male desideratur, cum neque pro reo, nec contra eum admitti potuerit. De qualitate locoque vulneris et anatomia, quod requirit Scholiastes, non est de nihilo. Sed minus a Sandio scriptum, quam inquisitum fuisse, non est dubium: quando, quod a Senatu diligentissime prudentissimeque semper administratur, id tum observatum fuisse, pro certo habendum est, ut vulnus absolute lethale fuisse, nullo modo sit ambigendum; verum a Sandio omissum puta, quia non pertinebat ad quaesitum illius loci. Id erat, utrum Beckius esset caedis reus, non, an caedes facta esset.

N. ADDIT.

Et hic jam facile condescendo, quamvis in scholio non desideraveram determinationem conjecturarum infinitarum, sed determinationem saltem quarundam praecipuarum ex infinitis, neque adhuc videam, cur depositio uxoris homicidae non fuerit admittenda. Ubi enim veritas aliter haberi non potest, ut in illo casu, etiam testes alias inhabiles admittuntur. Et quidni uxor admitteretur

(c) *Pos.* 3.

in criminalibus pro defensione mariti? De anatomia vero, quae monueram, forte in hoc casu erant de nihilo. Postquam enim interfectus ex vulnere statim moriebatur, nullum erat dubium, id vulnus fuisse lethale. Cum vero illud monerem, eram adhuc in erronea opinione quorundam judiciorum, quasi anatomia esset de essentia judicii criminalis, ita ut ea omissa non possit perveniri ad poenam ordinariam, quem errorem jam satis distincte cognosco.

4. Cujusmodi circumstantiae, et quales praesumptiones accumulatae esse debeant, non est, ut diximus, expressum, neque potest designari, sed locum heic habet enixe, quod Hadrianus ait in *l.* 3. §. 2. *de Testib. Quae argumenta, ad quem modum probandae cuique rei sufficiant, nullo certo modo satis definiri potest* ... hoc solum praescribi potest, *non ad unam probationis speciem cognitionem alligari debere, sed ex sententia animi judicem aestimare oportere, quid aut credat, aut parum probatum opinetur.* Species autem et usus observationis ita potest describi. Quando circumstantiae factum immediate praecedentes et consequentes, ita reum premunt, ut tametsi corpus ipsum facti non extet probatum, sic tamen undique conclusum et coarctatum est, ut ab alio quam a reo perpetratum esse nequeat; certitudine tamen morali, non physica, quae scilicet ejusmodi sit, ut contrarium plane sit impossibile. Sic naturaliter impossibile non erat, in exemplo apud Sandium, Renicum a se vel ab uxore Bieckii fuisse vulneratum; sed facti complexio ab illo possibili penitus abhorrebat. Loco generalis circumstantiarum expositionis, quae non habet facultatem, duobus exemplis rem notabilem illustrabimus, altero ex Nauta, nostrae memoriae altero. Quidam *Suffridus Wiggeri* dimicaverat cum alio, cui nomen *Jacob. Jans*; illo penes se non habente cultrum; *Jacobus* aliquoties *Suffridum* suo cultro impetierat: donec a circumstantibus ei culter extortus est, cum nemo *Suffridum* vidisset aut sciret esse percussum. Is exinde in eodem loco per integram fere horam sederat in scamno quodam, nulla de vulnere querela. Deinde egressus mox rediit, pileum tenens refertum suis intestinis, nec multo post extinctus est, nulla cum alio pugna rixave habita. Moribundus ajebat, a Jacobo se vulneratum, et hic objectantibus quibusdam vulnus *Suffrido* inflictum, responderat aliis quidem, non esse tam grave vulnus; alias tacuerat. Post mortem Suffridi, Jacobus accusatus negabat factum; probabat etiam, Suffridum aliquot septimanis ante, cum apud secretum vincula femoralium solvere non posset, cultro illa diffindere conatum esse, tam imprudenter, ut parum abesset, quin cultrum ventri impegisset. Hoc non erat impossibile, quominus et tunc evenire potuisset; Curia tamen factum peremptorium non exacte probatum adeo circumstantiis undique pressum judicavit, ut non dubitaverit, Jacobum, etsi nondum annos XX. natum, omissa quaestione, capitali addicere supplicio. *d.* 8. *Jul.* 1643. Nauta *Decis. MS.* 127. Quanquam autem in capitalibus et non capitalibus ratio juris est eadem, quia tamen heic in judice firmum et serenum animi decretum; etiam exactior in capitalibus probatio, *l.* 16. *C. de Poen.* requiritur, potest fieri, ut haec res facilius in non capitalibus inducatur. Exemplum meae memoriae placet addere non capitale hujusmodi. Quidam vagabundus, Insulis Flandrorum ortus, (*Carolo Castello* erat nomen) cumarum effictor, ut ferebat, variorum criminum reus, Harlingae aliquamdiu commoratus, sub mediam noctem hospitio egressus erat; qua nocte effractis in quadam domo fenestris, ingens copia argenti facti ablata erat furto. Ille cum cista et involucro turgido ingressus erat navem matutinam, integra hora ante ordinarium tempus solvendi in ea latens, praeter consuetudinem suam, qua, si ante tempus accederet, id in diversorio terere solebat. Nunc sedebat ore obvoluto tacitus, aeque praeter morem, apud cistam et involucrum suum: inter navigandum, anxius et saepe rogitans, quam mox Leovardiae essent, ut nautis etiam gravis esset: si quis involucrum attingeret, aegre ferebat, et sollicite vetabat. Leovardia profectus Workumium, ibi deprehensus est, cum omni argento illa nocte surrepto; quod erat in cista, cum prius scilicet in involucro fuisset. Rogatus, unde nactus esset argentum, respondebat, a quodam Gallo, qui aliquot diebus Leovardiae apud Ciconiam diverterat, sibi esse datum. Gallus eo tempore in illo diversorio nullus fuerat. Quid de rebus involucro antea contentis factum esset, quid noctu Harlingae fecisset extra hospitium suum, nihil probabile expediebat; uxor ejus aegra in carcere dixerat, maritum suum esse furem, et quod pejus. Etsi nonnulli tormentis hominem subjiciendum putarent, eo quod factum effractionis et furti ipsum non erat demonstratum, Curia tamen commissum facinus ab illo non dubitavit; de aliis vero criminibus, quorum haud plene convictus erat, censuit eum per tormenta examinandum. Quae cum facile pertulisset, ob furtum illud severe, non capitaliter tamen, est condemnatus. *d.* 15. *Novemb.* 1680. Haec ad locum probationis rectius, quam cum aliis *ad titulum de Poenis* referri posse videbantur.

5. (d) Hactenus FIDES; sequitur in definitione *facta Judici*. Sic enim res habet; qui intentionem suam in aliquo facto fundat, *hoc judici adprobare debet. l.* 12. *in fin. de Probat. l.* 2. *C. de Edend.* Nec potest aliter, cum hic secundum acta et probata sententiam ferre debeat, *l.* 6. §. 1. *de Off. Praesf.* prout religio suggerit, *l.* 79. § 1. *de Judic.* qui textus optime conveniunt. Verum si quando accidat, ut secus ex actis et probatis liqueat, quam judici constet, quomodo tum religio conscientiae cum actis atque probatis concilietur, ad *tit. Inst. de Off. Jud.* tractatum est *n.* 3. *Part. I. pag.* 475. Quomodo autem in iis examinandis judex versari debeat, aliter quam ex *d. l.* 3. §. 2. *de Testibus* indicatum est, praescribi vix potest: nisi addere velis, in dubio faciendam conclusionem pro favorabilibus personis, aut ad liberandum potius quam ad condemnandum, adeoque pro reis *l.* 125. *de R. J.* Si quae dissidentes sint probationes in speciem, non revera, has conciliare debere eodem prudentiae et aequitatis temperamento, quam est in *d. l.* 3. §. 2. *cap. cum tu.* 16. *c. in nostra.* 32. *de Testib.*

6. (e) Denique ex eo, quod Probatio est Fides *Judici facta*, colligenda videtur ratio, quamobrem confessio et jusjurandum non sint species probationis, ut recte D. Wissenbach., qui non recte famam et presumptionem cum illis conjungit *th.* 4. *ad h. tit.* Nam hae duae nec usu terminorum, nec effectis, cum probatione conveniunt; praesumptio in *hac ipsa Rubrica* probationi opponitur: fama *tam ficti pravique tenax* Maroni, *quam nuncia veri*, nulli viro prudenti loco probationis habetur. Nam quod de *communi fama* habetur in *d. l.* 3. §. 2. id de facto notorio recte intelligetur. Quintilianum citat ut dissentientem D. Wissenbac. *d. th.* 4. *in fine*, quasi famam ille probationis speciem faceret *lib.* 5. *Inst. orat.* c. 3. Atqui is *ibi famam docet* bifariam considerari, vel *pro consensu civitatis et velut publico testimonio, vel pro sermone sine certo auctore disperso: cui fere malignitas initium dat, incrementum credulitas.* Nec aliter *Menochius* et *Freherus*, quos aeque sibi opponit, ut dissentientes ab eo quod ponit, famam non esse probationis speciem, sentiunt, aut sentire possunt. Tu dicas, an igitur fama communis, illud publicum testimonium rei notoriae, non est species probationis? Non est proprie, quia probatio est fides facta judici per litigantes; atqui de talibus nihilo magis partes quam ipse judex laborant: quod jam constat, non opus est, ut probatione quaeratur et judici persuadeatur. Eadem ratione dicimus, confessionem et jusjurandum non esse probationis species: etsi vim probationis habeant; ut de confessione titulus *de Confessis* docet, et de jurejurando *ad tit. de Jurejur.* vidimus. *Perindeque haberi quod juratum est, atque si probatum esset*, ait Lex 11. §. *ult. de Jurejur.* Quid vetat, dices, hanc esse probationis speciem? Praeter id quod diximus, hoc obstat; probatio est fides *judici* facta, requirit argumenta *ad hominem*, ut loquimur: cujusmodi non est confessio et jusjurandum, quoniam penitus a secreto animi confitentium et jurantium pendent. Rationes, quae conscientiam unius tenent certitudine secreta, non sunt *ad hominem*, non valent aliis persuadendis. Sequitur in definitione.

7. (f) *De Veritate facti dubii.* Facta materiam probationis, non jura, constituere, per se notum est, Jura enim finita et certa sunt, *l.* 2. *de Jur et fact. ignor.* eaque judici cognita esse oportet; cum aliter officium suum exercere nequeat. *pr. Inst. de Off. Jud.* Jus igitur allegatur, non probatur, etsi populariter etiam probandi verbum ad disputationes juris et commutationes argumentorum referatur. Quanquam et circa leges, an earum usus alicui prohibitus, an illis renunciaverit, facti quaestiones, ac ita probationes, locum habere posse, non est dubitandum. *l.* 5. *in pr. h.* Facta quoque sint oportet *dubia*, non manifesta sive *notoria*, quae publico testimonio omnibus constant, ut *modo* Quintilianus, et in *Cap. super eo.* 3. *in pr. de Testib. cog.* Differunt autem a notoriis confessio et res judicata; licet alii notorium in his duabus speciebus juxta evidentiam rei constituant, quibusdam addentibus instrumentum publicum, Gail. 1. *obs.* 16. *n.* 7. ut et famam, Sichard. *in l.* 24. *C. de Pign. et hyp. n.* 15. de fama an recte: ex supradictis sciri potest. De confessione, de sententia et instrumentis non videtur, cum de illis varie dubitari posse manifestum sit, quod de transactione perinde res loquitur. In rebus magni momenti et capitalibus, si quis ob factum notorium sit puniendus, saepe tamen probationes ipsis illis notoriis adhibentur, ut omnis absit injustitiae species: ubi liceat applicare, quod Angli in processu adversus Carolum I. Regem suum, etsi illum in armis fuisse contra Senatum regni sui, notorium esset, tamen agmen testium ingens produxerint ad hoc probandum, ut videre est apud Leonem Aitzema ad *annum* 1649. utcunque tanquam ex contumacia procederent. Verum illa quaestio, non facti, sed juris erat, an ista Curia potestatem haberet contra suum Regem judicialiter procedendi: quod cum Rex summo jure negaret, probationes facti in irritum cedere oportebat.

(d) *Pos.* 8. 14. *et* 15. (e) *Pos.* 6. (f) *Pos.* 7.

8. (g) ***Secundum Actoris, Aut aliquando rei intentionem.*** Haec enim est qualitas probationis necessaria, ut sit conformis intentioni et conclusioni libelli a parte actoris, aut defensioni rei adfirmativae. Nam persona quae probat, est is, qui affirmat, non qui negat, *l.* 2. *et l.* 21. *h. l.* 23. *C. h. t.* sive actor sit sive reus. *l.* 19. *in pr. h. Neganti* per rerum naturam probatio imponi non potest, utique si negatio sit in thesi, *d. l.* 23. secus si locorum, personarum, temporumve circumstantiis definita sit quaestio; tunc enim qui negat, docere potest, se tum temporis alibi fuisse. §. 12. *Inst. de Inut. stipul. Part. I. pag.* 324. Et quoniam actor plerumque petit et affirmat, hinc regulariter dicimus, actori incumbere probationem, *l.* 23. *D. et C. h t.* non reo *l.* 8. *C. eod. l.* 7. *C. de Test.* Attamen reus in exceptionibus, quas profert, actoris instar est. *l.* 1. *de Except.* Quis autem sit affirmans, vel negans, non tam ex verborum figura, quam eorum sententia, reique natura colligitur, ut exemplis patet ex *l.* 5. §. 1. *l.* 8. *et l.* 15. *h.* Mornac. *ad l.* 18. *C. h. t.* Si quis neget, emancipationem, testamentum, contractum, recte celebratum esse, tenetur ad probandum, quia vitium demonstrare debet. *l.* 4. *h.* Si filius se neget esse in potestate patris, hic revera adfirmat se esse emancipatum, quod probare potest, ac debet. *l.* 8. Qui negat aliquem esse fratris sui filium, qui pro tali habetur, id probare debet, *l.* 15. juncta *l.* 14. cujusmodi speciem in Suprema Curia probatam vidimus, anno 1682. memorabilem, de qua locus erit *ad tit. de Agnosc. lib.*

(h) Plane igitur, quicunque se fundat in qualitate aliqua, intentionis suae fundamentum probare debet, nisi sit in possessione juris in quo se fundat. *l.* 14. *et* 15. *h. t.* Possessor enim non tenetur ad probandum, sed tuetur se commodo possessionis, quod, an *uno*, et quo *casu* aliter se habeat, quaesitum est ad *tit. Inst. de Actian. Part. I. pag.* 409. Denique, si contra eum militet praesumptio, statim fit, ut ei probatio injungatur, *l.* 2. 8. 9. *et* 25. *h.* ut inferius inducetur. Qui etiam ex officio vel administratione convenitur, eum teneri ad probandum, quod bene, non adversarium quod male gesserit, tradit A. Matth. *disp.* 8. *th.* 58. quod nec legibus, nec ratione se probat; cum, qui peccatum arguit, id probare debeat, nec, qui peccatum negat, per rerum naturam ad probandum adstringi possit. *l.* 23. *C. h. t.* Ex eo autem quod tutor et magistratus probare debent, contutores et fidejussores solvendo fuisse, nullo modo regulam generalem formatam oportuit, ex *l.* 3. *C. de Probat. l.* 1. *C. de divid. Tut. l.* 1. §. 13. *de Magistrat. conven.* ut visum D. Matthaeo *ibidem.* Vide Wissenbachium *th.* 11. *h.*

9. Caeterum, ut ordine probatio fiat, interlocutione judicis eam injungentis opus est, * quando vel cognita causa, videt partes in facto discrepare, neque meri juris esse quaestionem, vel etiam a partibus ipsis rogatur, ut interlocutione sua viam probationibus aperiat. Quod tamen utrique parti, etiam petenti, si judex necesse non arbitretur, recusare potest, ut exemplo rei judicatae probavimus in *Parte II. pag.* 228. *n.* 25. Regulariter tamen, etsi judici nondum liqueat, petentibus apud acta conceditur, imo et actori soli, quia non creditur, interlocutionem quae ipsum remoratur, causa ita non postulante, fuisse petiturus; si tamen deinde pateat, eum judici imposuisse, mulctabitur, ut de usu fori Frisici testatur Bouricius de *officio Advoc. cap.* 18. quod tamen usu carere temporis hodierni, probavimus *in Part.* 2. *Jurispr. hod. c.* 23. *n.* 3. Causam integram probationi delegandam, neque partim definitive; partim interlocutione scindendam esse, res ipsa loquitur, et tamen id aliter evenire posse, ubi diversae sunt instantiae, quin imo in eadem instantia diversis personis, historia rei judicatae probavimus in *Parte II. d. pag.* 228. *n.* 25. Praeter quod exemplum, simile memini et reperi judicatum, *inter Mariam du Gardiin et M. W.* 19. *Mart.* 1680. Quando interlocutio fit simpliciter, tum probatio intra tempus dilationum cujusque fori Legibus praescriptum, fieri solet, idoque tunc apud nos judex his verbis utitur, *in factis, in forma.*

(g) *Pos.* 9. *et* 10. (h) *Pos.* 11.

* Idem nostro imprimis jure requiritur; ubi terminus probatorius regulariter currit, † ex quo sententia, qua actori injuncta est probatio, in rem judicatam transiit. *O. P. S. tit.* 20. *pr.*

† Cum olim Ordinatione Processuali cautum fuerit, quando in sententia exceptionum dilatoriarum ratio simul habita fuit, ut terminus probatorius initium capiat a conditione purificata, hoc est, postquam exceptionibus satisfactum, et JCti hanc constitutionem ad omnes alios casus, quotiens reo vel etiam actori alicujus rei praestatio fuit injuncta, extenderint, nunc hoc immutatum est, ut, si legitimatio ad causam, vel in negatoria dominii probatio injuncta, vetera jura observentur, in reliquis termini probatorii initium simpliciter a momento, quo sententia rei judicatae vires nacta est, computetur, illi, qui in praestationibus injunctis negligens est, peculiari mulcta *Tit.* 11. §. constituta. *O. P. S. E. I. et E. Tit.* 20. §. 1. Contra sententiam probationem injungentem; nec leuteratio, nec facile appellatio a Judice ad quem admittenda, rejecta potius appellatione prorsus ille quinque et amplius uncialium poena castigandus. *d. Tit.* § 2.

10. (i) De tempore faciendae probationis, nihil libris Justiniani proditum esse, * tradit D. Matthaeus *d. Disp.* 9. *th.* 49. nullum scilicet statum et ordinarium tempus. Sed hoc reperimus; si alter satis pro intentione sua probaverit, is potest renuntiare, et alterum urgere, ut etiam renunciet. Hic vero tres *dilationes* menstruas petere potest, quibus finitis sententia fertur. *Auth. jubemus. C. de judic.* Quae tres menstruae dilationes, nisi fallor, sunt eaedem cum tribus mensibus dilationum, qui referuntur in *l.* 1. *C. de Dilation.* ex quo discimus, si probationes petendae sint e diversis provinciis, sex menses peti posse, et si trans mare sint conquirendae, ad novem menses posse concedi. Moribus, haec res varie habetur. Apud nos ordinaria dilatio est trium septimanarum: post quam nova dilatio sumitur a partibus, paris spatii temporis; qua finita, alter, qui magis properat, adversarium urget ad renunciandum, cunctantem accusat, petitque judicis dispositionem ad causae conclusionem; Qui non aliter eam concedit, quam praescripta reo tertia dilatione, trium aut quatuor septimanarum: eaque elapsa, causa habetur pro conclusa. Ita apud Curiam, in dicasteriis inferioribus, computant tres dilationes binarum septimanarum, quibus elapsis, renunciatum intelligitur, nisi judex ampliores dilationes, causa cognita, concedat. 3. *Stat. Fris.* 2. *Art.* 46. Sed in foro supremo, quia compertum fuit, advocatos mutua indulgentia terminos dilationum legibus datos ingenti partium praejudicio immodice protelare, Curia nostra tempus certum in plerisque causis utrique praefigere solet, sex septimanarum, vel ut plerumque duorum mensium *pro omni dilatione.* Cujusmodi spatium ipsi quoque litigantes apud acta saepe constituunt, et juxta conventionem suam a judice praescribi petunt. Sufficit autem, ante lapsum ejus temporis officium judicis ad probationes insinuandas esse requisitum, quia sequens mora litigantibus imputari non potest. Petitam oportet, inquam, commissionem alicujus e judicibus, apud quem probationes fiant, atque citationem adversarii testiumque, cis tempus peremptorium a Curia praescriptum.

11. Ad complexionem probationis justam efficiendam, moris et juris est, ut partes hinc inde concipiant articulos, ** sive positiones, quibus totam facti historiam omnesque circumstantias, quibus merita juris applicantur, breviter et perspicue comprehendant; in quibus attente judicioque defoecato utendum: ne quid utile negligatur, neque superflua cumulentur, sed ad negotii cardinem cuncta vertantur; omnia vero facti sint, non juris, nec modo rem ipsam, sed etiam circumstantias rem ipsam coarguentes contineant; unde a libello, per quem fit contestatio, licet articulato, distinctas esse positiones probatorias, omnino expedit, aliter ac Gailius, si recte eum intelligo, *** apud Cameram servari testatur. 1. *Obs.* 79. *a pr.* Id autem

(i) *Pos.* 12. *et* 13.

* Jure Saxon. Electorali, in causis ordinariis terminus probatorius et reprobatorius † continet spatium sex septimanarum et 3. dierum, ac currit naturaliter et continuo. *d. pr. O. P. S. Tit.* 20. Exceptio tamen spolii intra 15. dies etiam apud nos, probari debet. *O. P. S. Tit.* 11. §. *Deszgleichen.* Carpz. P. 1. *C.* 6. *def.* 1. 2. Menck. *Disp. Proc. VII.* ad *Tit. XI. O. P. S.* §. 11. ac probationi juris coquendi et vendendi cerevisiam, spatium duorum mensium largitur die *Lands-Ordn. d. An.* 1553. *tit. Brauen, schencken.* §. *weil sich. aber.* In Processu autem diffamatoria, diffamanti ordinarium terminum sufficere, ex Mand. Appellat. *d. An.* 1670. §. *anlangende.* verb. *auch wenn* perpetuum silentium imponi *rei wird.* monet Dn. Berger. *Elect. Proc. Prov. th.* 32. licet Carpz. *Proc. tit.* 20. *art.* 5. *n.* 42. et Suendend. *ad Fibig. Proc. p.* 605. ei duplicatum terminum Saxon. indulgeant, *vid.* Mencken. *Disp. Proc. Prooem. II. th.* 28. In processu summario demonstratio, *die Bescheinigung*, ad fatale termini Saxonici non adstringitur, secund. Carpz. *Proc. tit.* 13. *art.* 1. *n.* 197. *sq. et P.* 1. *C. El.* 16. *def.* 16. unde salutare est, certum temporis spatium, intra quod ea fieri debeat, sententia exprimi. De prorogationibus, ac dilationibus probatoriis, actum fuit supra *P. II. p.* 129.

† Qui jure novissimo, non a citatione ad publicationem probationum, aut super hac disputationem instituendam, ut olim, sed ab insinuatione articulorum probatoriorum currere incipit, quae insinuatio quando facta sit, accurate et sub 5. thalerorum mulcta ad acta consignandum est. *O. P. S. E. I. et E. Tit.* 21. §. 1.

** In Saxonia Electorali, currente adhuc termino probatorio, articuli una cum nominibus testium, eorumque directorio, copiae quoque instrumentorum, una cum earum ad articulos inductione, exhiberi debent. *O. P. S. Tit.* 20. §. *und. dieweil.* Carpz. *P.* 1. *C. El.* 16. *def.* 1. *sq.* sollicitatio etiam, pro impetrando termino productionis testium, sub poena desertionis, non omittenda est †† *d. Tit. pr.*

†† Judicis nunc officio continetur, ut statim aut saltim intra trium hebdomadum spatium, sub 5. unciarum poena, terminum ad testium productionem, et pro re nata ad documentorum recognitionem, aut ad articulos, super quibus juramentum delatum est, responsionem praestituat, citationes fieri curet, et quod ad productum attinet, concesso integro spatio Saxonico, ad recognitionem sub poena recogniti, ad responsionem sub poena confessi et convicti. Quod si productus contumaciter absit, aut adsit, citationi autem non pareat, quod ad articulos attinet, ad quos respondere debebat, licet producens, qui adsit necesse est, eos una cum juramenti delatione non repetat, modo sint pertinentes et relevantes, pro confesso et convicto, documenta pro recognitis habenda, et ad testium examina sine mora pergendum, *O. P. S. E. I. et E. Tit.* 20. §. 7.

*** Obscurior omnino est Gailius *alleg. loco*, quam ut a JCto cetero facile intelligi possit; sed illustrior quoque est illa Curia in nostro Imperio summa, quam ut temere ejus stylus inconcinnitatis argui debeat. Positiones olim passim fuerunt in usu, conceptae ab actore sive ponente, ut per confessionem partis adversae,

nihil opus est, ut aliae sint positiones, ad quas adversarius, aliae, secundum quas testes examinentur, etsi hanc differentiam inter positiones et articulos a pragmaticis tradi referat *idem*, ut positiones sint interrogationes adversarii; articuli pro testibus concipiantur. In nostro foro discrimen hoc verborum, alio sensu diu servatum est, ut tamen positiones atque articuli in eadem scripture continerentur, σχέσις tantum et relatio variaret; quemadmodum colligi potest ex inscriptione, quae talis erat: *Positiones, sive, in casu negationis, articuli.* Item in contexto, *actor ponit; et in casu negationis articulatur.* Ergo positiones, si reus confitetur, eaedem cum *articulis* sunt; ubi vero negatae fuerint, pro *articulis* habentur. At quemadmodum arbitrarium fuit hoc discrimen, ita non est mirum, hodie minus observari. Sed de positionibus respectu adversarii, satis actum est ad *Tit. de Interrogat. in jur. faciend.* et quatenus iidem articuli a reo negati proponuntur, expectat nos rubrica *de Testibus.*

12. Finitis dilationibus publicatisque testimoniis, nulla amplius admittitur probatio, nisi alter juraverit, se testimonia nondum explorasse, quo casu adhuc ad producendos testes admitti potest, *Auth. At. qui. C. h. t.* scilicet intra terminum dilationis legalis, aut a judice praescriptae. Nam post eum non datur facultas novae probationis, nisi per remedium restitutionis in integrum, causa cognita. *Auth. Jubemus. C. de Judic. et l. 1. C. de Dilation.* (k) Verum enim vero tunc ad reprobationes faciendas nova currit dilatio: post publicatas, inquam, probationes, ad refellenda, quae adversarius protulit, tam si quid personis testium objicere possit, quo fides iis derogatur, quam si dicta illorum refellere queat. Gail. 1. *observ.* 105. *n.* 8. In Jure quidem nostro novam hac gratia dilationem post publicatas probationes dari, non legimus, ratio tamen juris omnino dictat, *integram cuilibet servandam allegationem, quod testes fuerint corrupti, nec adimendam esse licentiam ex ipsis depositionibus testimonium eorum arguere. l. 17. C. de Testib.* Sunt ibi duo reprobationis argumenta, *vitium* personae productae, et *redargutio* ab illis dictorum, quibus tota res, sicut in foro exercetur, plane comprehenditur. Quod si pendante lite satagendum sit, novam dilationem esse necessariam, res indicat, eaque in omnibus, ut puto, foris indulgetur. Sed apud nos receptum est, ut producenti, objectas sibi reprobationes iterum refellere liceat, eaque gratia si novas probationes actor producere valit, novae positiones sive articuli concipiuntur, et nova dilatio currit, post quam ulterius hac parte non proceditur, ut usus vult, et Sandius tradit. *l.* 1. *tit.* 10. *def.* 5. Quod si testibus opus non sit, ratiocinationibus in eumdem finem uti licet, quae *Salvationes* vocantur, eo quod producens vim probationum suarum illis, contra objectiones adversarii *salvare* satagat: ad has nihil opus dilatione peculiari. Sed nec omnino propter contrarias probationes dilatio vel nova productio conceditur in omnibus foris, non utique in Saxonicis, ut Thomasius scribit.

Scholium.

Conceduntur equidem et moribus nostris reo reprobationes, sed contra reprobationes non sunt in usu, nisi dicere velis, interrogatoria eorum vicem sustinere, de quibus, uti et de reprobatione, vide latius Ordin. Proc. Saxon.

Beckmannus, Saxo et ipse, *ad hunc tit. obs. pract.* 9. *n.* 86. scribit, *De jure communi actor contra reprobationes vel aliis reprobatoriis uti, et novos articulos offerre potest, sed non regulariter de jure nostro* Saxonico; sic Respond. Scabb. Lipsienses mense *Junio* 16. . . . . Quod attinet ad interrogatoria, de quibus Thomasius, longe alium in his usum obtinere, videbimus *ad tit. de Testibus.* Sed in iis reprobationum et contra reprobationum

(k) *Pos.* 5.

vel, ut loqui amabant, ponati, ponens ab onere probandi levaretur. Ab his distant Articuli, sive ut noster ait, positiones probatoriae, eo spectantes, ut negata testibus vel instrumentis probentur. Haec nomina in camera olim promiscue usurpata sunt, maxime postquam ex Constitutione Spirensi de A. - 70. libellus articulatus exhibendus fuit, et super illo lite contestata, libelli illius articuli loco positionalium et articulorum repetendi fuerunt, ut praestito juramento dandorum ab actore, ad ea a reo mediante ejus juramento respondendorum responderetur. Ubi a reo illae positiones aut articuli negabantur, probatio ab actore suscipienda fuit, qui novos articulos seu positiones probatorias concipiebat, vel illis ipsis libelli articulis utebatur, probationis super iis, aut per testes aut per instrumenta peragendae causa. Hodie postquam usus nareata libelli summarii, (articulato penitus in *Rec. Imp. de A.* 1654. abrogato) vel actor exceptiones rei negavit, ergata actor es libello, reus ex exceptionibus in articulos probatoriales, qui soli in Camera hodie in usu, redigit, testes examinari petit, aut instrumenta producit, conf. Blumius *Proc. Cam. Tit.* 73. et Ill. Menckeo. *ad O. P. S. Tit.* 21. §. 17. *seqq.* de positionibus autem illis ab actore sub juramento dandorum, reo sub juramento respondendorum, oblatis ad affirmandum negandumve, videsis Stryck. *Introd. ad Prax.* c. 17. §. 12. *et in Supplem. ad h. l.* Saxones et Positiones illas, infinitarum disputationum materiam et libellum articulatum ignorarunt semper, luculentiori remedio speciali litis contestatione usi.

vicibus, saepe luditur à partibus; quando terminus probationis est elapsus, litigantes frequenter id agunt, ut sub praetextu reprobationum, veras et primaevas moliantur probationes: quas eum in modum plerumque circumducunt, ut difficulter a probatoriis discernantur, aut inter reprobatoria, quae vere sunt talia, probatorios articulos inserunt: quod adversarius quidem pati non cogitur; sed tamen quia probandi facultas est favorabilis, raro ob hanc causam a judice productionem negatam vidimus. Saepe etiam de initio dilationis reprobatoriae dubitatum est: et quidem post renunciationem probationum, currit haud dubie dilatio reprobandi: sed quando peremptorium tempus a judice pro omni dilatione partibus praescribitur, nulla fieri solet renunciatio; et productiones primae, quando citatio saltem intra terminum facta est, saepe multum, antequam sint absolutae, illud tempus peremptorium excedunt. Ideo incipit dilatio reprobationis, a diditis probationibus, at ex quo aliquis copiam testificationum adversarii accepit. At hoc plerumque incertum habetur, quia nullum tempus recipiendi aperturam illam sive *copiam* definitum est, utique ut in nostro foro se res habet. Ideo qui vult concludere, et praecidere adversario praetextum reprobandi, si ille cunctetur, patere debet a judice, ut is alteri terminum praefigat, intra quem petat copiam depositionum, aut reprobatione privetur. Absque eo non potest adversarium cogere ad ultimam conclusionem, etsi partes etiam de certo tempore faciendi productiones convenerint, quia reprobandi facultas semper salva et recepta intelligitur, ac ita saepe judicatum, nominatim inter *haeredes Remeri Antonii, et Johannem Balck cum sociis. Anno* 1680.

13. Postremo de probationibus † quaeritur, an quae uno in judicio prolatae sunt, in alio fidem faciant, an vero de novo sint producendae et disceptandae. Non facere fidem in alio judicio, nisi inter easdem personas, respondet A. Matthae. *disp.* 9. *de Judic. th.* 57. sed textus, quos citat, ita non habent. Potius ita ex *l. ult. C. de Test.* (haec sola rem tangit) non cogi aliquem pati, ut adversarius probationibus in alio productis judicio, contra sese in alio rursus utatur; nisi testes sint mortui, caeteroqui denuo examinandos esse, nisi aliter convenerit. *d. l. ult. in pr.* Idque servatur in nostro foro, ut conventione partium opus sit, quo producta in uno judicio fidem in alio faciant, etiam inter easdem personas. Vid. Mascard. *vol.* 1. *de Probat. Conclus.* 33. et 34.

DE PRAESUMPTIONIBUS.

XIV. Quid sit praesumptio, et discrimen a Positionibus Juris. XV. Praesumptio levior. XVI. Fortior, et effectus ejus. XVII. Distributio praesumptionum. XVIII. Positiones Juris ex eo, quod plerumque fit, desumptae, conditionaliter. XIX. Praesumptiones de hominis vita, in quaestione de haereditate. XX. Aliae positiones absolutae, contra quas non admittitur probatio. XXI. Fictiones Juris quales. XXII. Non esse fictiones rerum impossibilium in jure proditas.

14. (l) Sic fuit prima rubricae pars de probationibus. Altera de *praesumptionibus*, absolvetur definitione, divisione, et effectu, breviter. Definiatur hoc modo, quod sit *Anticipatio judicii, de rebus incertis, ex eo, quod plerumque fit, percepta.* Materia praesumptionum, sunt res incertae, quarum quia plena probatio non potest haberi, recurritur ad ejus, quod est verisimile, anticipationem, ut in eo, dum plenioris lux probationis affulgeat, subsistamus; etenim *anticipare* est idem penitus quod *praesumere*, sive aliquid in antecessum quasi probatum sumere, capere; propterea quod plerumque res ejusmodi ita evenire solent, habita ratione prudenti circumstantiarum, rerum, hominumque similium. Cujusmodi collectionibus exercita mens, ad ejusmodi facultatem conjiciendi res futuras pervenire potest, ut haud facile quidquam in rebus etiam obscurissimis eam fallat, ut de se praedicat Cicero 6. *Epist. ad Famil.* 6. quemadmodum et Plutarchus ei tantam praesumendi vim adscribit, ut toto, antequam evenirent, decennio, res futuras praedicere potuerit. Videantur quae hac de re diximus in *Parte II. pag.* 372. At haec quorundam sagacitas, quae tamen nunquam, quidquid Ciceroni, Catoni, aliisque adscribatur, infallibilis est, non facit, ut praesumptio non sit de rebus incertis inductio *probabilis*, etsi quandoque a legibus accipiat vim positionum, quae solent vocari praesumptiones *juris*, item *Juris et de Jure*; ut tamen etiam dentur positiones juris, de rebus quae

(l) *Pos.* 16.

† Et hoc notandum, esse probationis speciem per ocularem inspectionem et calculum instituendam, de qua videsis *O. P. S. E. I.* et *E. Tit.* 28.

fieri possent, etsi constet eas aliter se babere, quae sunt fictiones. Nos de positionibus illis post praesumptiones egemus.

15. (m) Definitio praesumptionis loquitur de anticipatione, quam faciunt homines, id est, in hac materia, judices; atque haec praesumptio recte dividitur in leviorem, et fortiorem. Levior movet suspicionem, et judicem quodammodo inclinat; sed per se nullum babet juris effectum, nec onere probandi levat, ut est exemplum in *l. pen. h. t.* Ancilla ait, se liberam esse, praesumi illud ex fideicommisso, et alimentis sibi tanquam nutrici e testatore relictis, sed nihil hoc solo proficit; Aliud; sum ingenuus, quia frater meus est ingenuus. *l.* 17. *C. h. t.* Imo, quia pater meus fuit talis, ne id quidem prodest, *l.* 10. *C. eod.* quia ingenuitas a matris libertate pendet. *pr. I. de Ingen.* Huc etiam pertinet fama sive rumor, et fuga, item fluxus sanguinis e cadavere ad alicujus praesentiam, respectu caedis. Id enim ut aliquando dederit occasionem homicidae detegendi, ita saepe aliis causis, licet occultis evenisse legitur. Exemplum, Anno 1629. cum Rex Bohemiae Fridericus in lacu Harlemensi nave submersa aegre servatus esset, et juxta filium ejus primogenitum periisset aulicus quidam penes se habens uxoris nuper defunctae imaginem, atque haec ab ejus sinu post dies complures amoveretur, accidit, ut sanguis e naribus putridi cadaveris satis copiose efflueret, referente Leone Aitsema ad *annum praedictum*, quemadmodum idem ad praesentiam consanguineorum saepe factum accepimus. Ejusmodi igitur conjecturae tot sunt, quot singularia rerumque circumstantiae, id est infinitae; quin et unius testimonium huc referendum esse, constat ex iis; quae *superius* ducta sunt ex *l.* 9. §. 1. *C. de Testib.*

16. Fortior praesumptio vocatur, quae determinat judicem, ut credat, rem certo modo se babere, non tamen quin sentiat, eam rem aliter se babere posse. Ideoque ejus hic est effectus, quod transferat onus probandi in adversarium, quo non probante, pro veritate babetur. Exemplum. Repeto a te pecuniam ut indebite solutam. Tu negas te accepisse pecuniam. Convictus es; at jam fuisse indebitam contendis. Praesumitur esse indebita, propter negationem tuam praecedentem. Ideoque si non probes debitum, condemnabere. Contra, fateris accepisse ab initio pecuniam, at ais, debitam fuisse; praesumitur ita, et absolveris, si alter non probet contrarium. *l.* 25. *h. t.* Aliud Quingenti testamento mihi legati sunt, totidem codicillis ab eodem testatore; peto mille. Tu dicis, repetitionem esse, non duplicationem legati, et offers quingentos. Praesumptio est pro duplicatione, quia diversae sunt scripturae; sed in eodem instrumento magis praesumeretur repetitio, *l.* 12. *h. t.* quemadmodum et in re corporali bis, etsi diversis scripturis, legata. *l.* 34. §. 3. *de Legat.* 1. Qui occidit gladio, censetur babuisse animum occidendi; qui clave, vel cucuma in rixa, non videtur eo animo usus. *l.* 1. §. 3. *ff. ad L. Cornel. de Sicar.* Huc pertinet celebre judicium Salomonis, acute praesumentis, matrem infantis esse potius, quae nollet eum in partes scindi, quam quae annueret. Item Galbae *apud Suetonium*, bovem ejus esse, ad cujus agrum capite obvoluto ab aquatione se reciperet. Haec et similia in civilibus aliquando rei judicandae causam praebere possunt; quotiens exitu opus est, nec alius exitus invenitur: non aeque successerint ad certam possessionem ab aliquo alienandam. Multo minus in criminalibus, omninoque minime in capitalibus; Nisi plures undique circumstantiae exploratae, ex quibus singulis nihil quam praesumptio colligi possit, ita confertim undique premant, atque in arctum redigant factum, etsi non probatum, ut pro indubitato habendum sit; qua de re *superius*. Exemplum aliud si quis desideret, censeo, legat historiam jugulati Comitis *Essexii* in carcere Londinensi 13. *Julii* 1683. ubi praesumptiones ingenti numero cumulatae factum, quod non probetur, dubium tamen esse non patiuntur; utique si facta, e quibus colliguntur praesumptiones, ita ut narrantur, evenerint, qua de re penitus inquirenda nunc agi intelligimus. Sic igitur et praesumptiones sufficere possunt ad sententiam, non per se, verum per consequentiam, si alter probatione deficiatur.

17. (n) Denique, versantur hae praesumptiones hominis potissimum, circa res, circa personas, earumque actiones, vel cogitationes. Menoch. *de Praesumpt. l.* 1. *q.* 11. *n.* 9. *q.* 12. *n.* 6. Circa personam ea, quae naturaliter homini insunt, ut sensus communis, potentia generandi etc. Circa res, quemadmodum se naturali qualitate, et insita vi habere solent. Prout est vel major, vel minor praesumptio veritatis, ita per majorem vel minorem, eliditur et tollitur. Exemplum *in l.* 6. *de his, qui sui vel. al jur. l.* 24. *hic*, *l.* 73. §. 3. *de Legat.* 3. Specialis praesumptio est fortior generali; naturalis accidentali; quae actum valere, et pro reo facit, melior est quam quae secus etc. Menoch. *de arbit. jud. P.* 2. *Cas.* 472. *n.* 1. *et* 19.

18. Diximus, aliquas dari positiones juris a praesumptionibus, quae sunt ratiocinationes hominum probabiles, distinctas, et tamen ex collectione eorum, quae ut plurimum in similibus similiter eveniunt, desumptas. Sunt autem hae regulae vel conditionales, vel absolutae.

(m) *Pos.* 17. 18. 19. *et* 21. (n) *Pos.* 22. 23. *et* 24.

Priores, quae ponuntur habenturque certae, quamdiu contrarium non probatur. Absolutae, contra quas nulla probatio admittitur. Exempla priorum sint haec; pater est is, quem nuptiae demonstrant, *l.* 5. *de In Jus voc.* quae regula nititur praesumptione juris gentium, ut tamen, si contrarium probetur, cesset. *l.* 6. *de His, qui sui vel al. jur.* Pactum simpliciter initum, in rem potius, quam in personam censetur, ideoque haeredibus in dubio prodest, *l.* 9. *h. tit.* de quali specie *pacti de non petendo*, cum haeres reale, creditor personale esse contenderet, consultus respondi die 5. *Mai.* 1688. Qui reddidit debitori suo chirographum, censetur remisisse debitum. *l.* 2. *de Pact.* Quod in instrumento narrater, pro vero et solemni habetur. §. 12. *et* 17. *de inutil. stipul.* Huc etiam spectant regulae a Doctoribus traditae: quales hae sunt. Mutatio non praesumitur: unde filius, patre vivo, in potestate esse crediter. *l.* 8. *h.* Quisque judicatur bonus, quamdiu non probetur malus, et id genus alia, si pari consequentia se commendent. Multa enim ad hanc classem ab Alciato, Menochio, aliisque referuntur, haud aeque per omnia probabiliter, de quibus vide D. Matth. *disp.* 9. *de Jud. th.* 74. *et seqq.* Hae sunt quae vulgo *Praesumptiones Juris* appellantur, imo quaelibet exempla fortiorum, quas diximus praesumptionem, quatenus legibus prodita sunt, ad hanc classem non male referuntur, si hac distinctione placeat uti.

19. Estne aliqua praesumptio vel positio Juris, quamdiu homo victurus, aut in dubio vixisse credatur? Missis quae Doctores hac de re Scriptoresque alii, quos vide apud Wissenbachium *th.* 16. *h. t.* dicamus, hac de re nihil certi esse proditum, nisi quod minimum tempus, quod in dubio praesumitur, est sexaginta, *l.* 68. *ad L. Falcid.* maximum vero centum annorum. *l.* 56. *de Usufr.* Sacra scriptura tertiam suggerit, 70. vel 80. annorum. *Ps.* 89. Si quid hujus rei certem statui posset, valde interest ejus quaestionis, quae saepius in foro occurreote, judices teneri suspensos accidit; si quando agatur de haereditate hominis, qui utrum mortuus sit, an vivat, ignoratur. Scimus, hoc esse juris, ut talis haereditas proximis concedatur sub cautione reddendi bona, si ὁ ἀπὼν salvus advenerit, ut finitur apud Sandium 4. 9. 8. Verum quid si haeres non possit invenire cautionem? Administranda est ab extraneis scilicet. Hoc autem perquam incommodum saepe repertum est, haeredibusque veris internecinum; maxime, si pauperes esuriant, quod est difficilius, quam expectare, dum centum anni sint elapsi a nativitate τοῦ ἀπόντος absentis. Tunc enim sine scrupulo haeredibus proximis concedi posset *arg. d. l.* 56. *de Usufr.* Forte ad octuagista annos descendere liceret, auctoritate *Psalmi* 89. De facto ita notabiliter a Curia nostra decisum est. Triginta plus minus anni erant elapsi, ex quo haeres primus fuerat desideratus. Mors ejus semiplene probata a substitutis. Ætas primi, si viveret, erat jam futura duorum et quinquaginta annorum. Lapsu temporis longissimi, probatione semiplena, paupertate extrema substitutorum haeredum, qui cautionis praestandae impotes erant, Curia censuit amplectandam esse praesumptionem juris, quae ponit annos sexaginta, *d. l.* 68. *ad L. Falcid.* sententiaque lata declaravit substitutos haeredes absentis, post octennium, si tum primus haeres non adesset, ad haereditatem admittendos, quibus elapsis esset futurus 60. annorum, si vixisset: Interim de fructibus alendos. In causa *Lolle Witses cum sociis Requirant.* contra *Sasker Haeres in qual. requisitum*, ante magnas ferias 1680.

20. (o) Absolutae positiones sunt, quas lex ita praesumit, ut quasi vim legis, vel plenae probationis iis adscribat. Sic is, qui post biennium scripsit chirographo, se accepisse pecuniam mutuam, non potest admitti ad probandum, quod nihil acceperit: lex enim praesumit simul se statuit, numerationem oportere esse factam. *l.* 14. *C. de non num. pec.* Tutor in inventario professus modum patrimonii pupillaris, deinde tam valide praesumitur non esse plus vero professus, ut non admittatur ad probandum, quod tantem non sit in bonis. *l. ult. C. Arbitr. Tut.* Qui adulterii primo accusati, turpes amores deinde nuptiis conglutinarunt, pro convictis et confessis puniuntur. *l.* 34. *C. ad L. Jul. de Adult.* Filiusfamilias, qui pecuniam accepit creditam, praesumitur accepisse in causam castrensem. *l. ult. in fin. C. ad SC. Macedon.* Sed estne haec praesumptio Juris, an et de jure? Plerique ad haec speciem referunt; Thomasius in SCHOLIO ad *Posit.* 18. *h. t.* ad priorem, ut si probetur in alium esum accepisse, valeat veritas, quod verba ultima legis ita quidem ferebant, non aeque praecedentia: *stare oportet Contractum, nulla differentia introducenda, ob quam causam pecuniae creditae, vel ubi consumptae sint:* quae verba contractus valorem non a probationis eventu suspensum enixe sanciunt. N. Audit.

Et hic jam consentio Auctori. In praecedentibus vero verba textus supplenda sunt, et loco Filiusfamilias, *legendum est.* Filiusfamilias miles.

21. (p) Caeterum, praesumptiones istae pariunt positiones, sine inquisitione verumne sit, quod ponitur, an falsum, inquam. Sed dantur etiam positiones, quae prae se ferunt ejusmodi

(o) *Pos.* 20. (p) *Pos.* 25.

praesumptiones, quae sciuntur esse falsae; ut in querela inofficiosi testamenti, quam movent liberi, praecepta est haec juris positio, patrem, qui filium sine causa exheredavit, fuisse mente captum, etsi plane constet, hoc esse commentitium. *pr. Inst. de Inoff. testam.* Qui dominium transferre debet in eum, penes quem res jam ante existit, quod sine traditione fieri nequit, huic traditio praesumpta, vel potius ficta tribuitur, quam brevem manum vocari, dictum est alias ex *l.* 43 §. 1. *de Jur. dot.* Sunt enim hae revera FICTIONES, quales an etiam in actione publiciana et rescissoria locum usumque habeant, suis locis quaesitum et definitum est.

22. Hoc observandum: fictiones esse quidem de rebus falsis, at nunquam de rebus impossibilibus: hae metaphysicis relinquuntur; Juris Consulti non amant *τῶν ἀδυνάτων ἐρᾶν.* Idque notabilem usum habet, quem exemplo quaestionis illustrabimus. Conditio adjecta haeredis institutioni, non facit testatorem intestatum respectu temporis intermedii, quo incertum fuit, utrum extitura esset conditio, vel secus; quia cum actu existit, retrotrahitur ad tempus aditae haereditatis, atque jam tum extitisse fingitur. *l.* 26. *de Condit. Instit.* Sed dies haeredis institutioni cum effectu non potest adjici, §. 9. *Instit. de Haered. Inst.* quia tum esset ante diem intestatus, et post diem testatus, quod juris ratio abhorret. *l.* 7. *de R. J.* Cur etiam dies non aeque retrahitur, quam conditio ad tempus aditae hereditatis? Quia hoc est impossibile, ut tempus retro currat. Haec conditio, si navis ex India venerit, potuit aeque superiori, quam hoc mense impleri, sed ut res, quae fieri injuncta et facta est post mensem, facta dicatur ante mensem, hoc implicat contradictionem. Agathon Poeta vetus, apud Aristot. 6. *Eth.* 2.

Μόνου γὰρ αὐτοῦ καὶ Θεὸς στερίσκεται,
Ἀγένητα ποιεῖν, ὅσσ' ἂν ᾖ πεπραγμένα.
Haec sola res ipsi Deo negatur, ut
Infecta reddat, quae jam pridem facta sunt.

Caeterum, de eo, quod objici posset, fictiones esse mendacia, quid sit statuendum, diximus ad *tit. de Inoff. testam. n.* 4. *Part. II. pag.* 257. Plenius hanc quaestionem novissime tractat D. Beckman ad *h. tit. Pand.* 12.

TIT. IV.
DE FIDE INSTRUMENTORUM ET AMISSIONE EORUM.

I. Instrumenta generaliter sumpta, testes etiam complecti, non, stricte, nec usu vernaculo. II. Divisiones instrumentorum, et quae proprie publica. III. Quae sint improprie publica. IV. Requisita publici instrumenti, Juris Civilis, cum moribus collata. V. Tertium, subscriptio vel nuncupatio an necessaria. VI. De Protocollis, et illorum usu. VII. Constitutio juris Frisici de Protocollis egregia, sed neglecta, et quamobrem; mos Hollandiae confertur. VIII. Notarius quid sit. IX. Mandatum a partibus ei primo omnium esse necessarium. X. Historia rei judicatae ad eam illustrandam. XI. Quid juris, si testes aliter dicant, quam fert instrumentum. XII. Fides instrumentorum maxime publicorum, et de aetate probanda.. XIII. Quo sensu, contra instrumentum testes non audiri dicantur. XIV. Forma instrumenti privato publici, et de subscriptione notarum pro literis. XV. Instrumenta mere privata nihil probare. XVI. De comparatione literarum. XVII. Statutum et mos Frisiae super instrumentis. XVIII. Casus quidam excepti, quibus an privata instrumenta probent. XIX. De rationibus Mercatorum quid juris XX. De exemplaribus a partibus aut a Judice recognitis, quatenus vim probandi habeant. XXI. An Collatio Notarialis ab eodem, qui scripsit Authenticum, facta, vim probandi habeat. XXII De aliis adfinibus exemplis quaeritur. XXIII. Instrumentum a tabellione qui scripsit, aut ab alio recognitum, non valere ad probandum. XXIV. Observationes duae adfines. XXV. De tempore exhibendi instrumenta, tam ante quam post interlocut. XXVI. Nova quae proferuntur instrumenta post interlocutoriam, et quousque id fieri possit. XXVII. An instrumenta etiam vim probandi habeant quoad acta quae obiter in illis referuntur. XXVIII. Instrumenta plerumque ad probationem, aliquando ad necessitatem atque essentiam actus pertinere. XXIX. Amissione instrumenti non tolli veritatem rei gestae. XXX. Observationes circa illum articulum necessariae. XXXI. Instrumentis incendio absumptis, an et quando ex inventario actiones institui possint, quod exemplo declaratur.

(a) Quanquam artificialis probatio nobilior ea, quam vocant inartificialem, esse videatur, haec tamen usu et auctoritate longe frequentior et notabilior est. Administrari illam per instrumenta, vel per testes, *superius* indicatum est; de instrumentis prior occurrit locus. Etymologia,

(a) *Pos.* 1.

quae est ab *instruendo*, notat omnia, quibus *causa* instrui potest, adeoque tam personae, quam scripturae testimonia, instrumentorum loco haberi: consequenter, dilatio instrumentorum causa indulta, testibus quoque producendis recte usurpari posset, per *l.* 1. *h. t.* Sed longe praevalet strictior significatio, qua de re scripturis probationi servientibus ea vox usurpatur, ut tam ex collatione rubricarum de *Instrumentis et de Testibus*, quam *nigro* per singulas leges deducto liquet: item ex *l.* 15. *C. h. t.* Adeo ut secundum hunc praevalentem vocabuli usum, qui et in Germanicum sermonem penetravit, dilatio instrumentorum causa concessa, non valeat ad testes producendos, quemadmodum saepius in Curia Frisiae scimus esse judicatum; quando qui post lapsum dilationis peremptoriae vel conventionalis restituti erant, ut instrumenta noviter reperta proferre liceret, testes ejusdem restitutionis beneficio producere conabantur; sub hac tamen exceptione; *Nisi testes et articuli, ad quos interrogandi sint, unice ad instrumenta confirmanda* pertineant: quo casu permissam esse productionem testium ei, qui contra lapsum termini, ut instrumenta processus adhibere liceret, fuerat restitutus, concessam memini *in causa* Jacobi Studises *Requirant en opposcerde, contra* Jeltie Pijttera *d.* 2. *Julii* 1689.

2. (b) Sunt igitur instrumenta hoc loco nihil aliud, quam *Tabulae*, sive *Scripturae, quibus Judici intentionis nostrae fit fides.* Dividuntur in publica et in privata. Publica vocentur quae publica auctoritate munita sunt, † reliqua privatim fiunt. Alia est divisio, quod sint originalia sive authentica, vel exempla, quae ex originali transcribuntur, *l.* 2. *h. et l.* 4. §. *ult. Famil. ercisc.* quanquam ubi plura ejusdem tenoris instrumenta conficiuntur, haec omnia, licet authentica, pariter exempla et exemplaria vocantur, *l.* 24. *ff. Qui testam. fac. poss. l. ult. de His, quae in testam. del. et l.* 47. *de Legat.* 2. relatione ad usum facta, quatenus quae uno plura sunt, exemplarii vice funguntur. *d. l.* 47. *de legat.* 2. Sed publica vel strictae et proprie, vel latius et improprie intelliguntur. Stricte publica sunt, quae habent Reipubl. autoramentum, ut sunt tabulae censuales, *l.* 3. *C. Sine cons. vel reliq. et l.* 10. *de probat.* apochae publicarum functionum, id est tributorum vel vectigalium. *l.* 2. *C. de Jur. emp. et l.* 6. *C. de Suscept. Tit. C. de Apoch. publ.* Acta judiciorum, vel extrajudicialium negotiorum apud officium celebrata. *l.* 2. *C. de Edend. l.* 31. *de Donat. et l. ult. C. de Re Judic.* Denique, negotia privatim composita inque scripturam redacta, dein recognita in judicio, publicoque munita sigillo, recte eodem strictiore sensu publica censentur, per *l.* 19. *C. de Testam.* ubi; *Actis Judicis* ... *publicavit Judicium.* etiam si videlicet antea sint composita. *c. Scripta c. quoniam. X. de Fid. instrum.*

3. Publica laxius et improprie accepta, vocantur instrumenta, quae a personis publice ad instrumenta facienda constitutis, sunt conscripta, vel confirmata, et subscripta, quales olim erant argentarii in rationibus, *l.* 10. §. 1. *de Edendo.* ubi; *officium eorum atque ministerium publicum.* Item tabelliones, sive ut hodie *notarii*, nam hi *chartas publicas agere* dicuntur in *l.* 3. *C. de Tabular.* et publica vocantur instrumenta in *Nov.* 73. *c.* 5. Quam autem improprie talia tabellionum instrumenta vocentur *publica*, docet *Lex.* 11. *C. Qui potior. in pign.* ubi parum abest, quin Ἰδιοχείροις privatis adsequentur. Imo nusquam invenio, instrumenta per notarium sive tabellionem confecta, majorem habere vim probandi quam e privatis scripta, si modo haec habeant trium testium subscriptionem, ut clare liquet ex *d. l.* 11. *et Auth. si quis*, subjecta, collata cum *Nov.* 73. *c.* 2. ut inde tuto statuere liceat; quaelibet instrumenta trium habentia testium subscriptionem, habere vim plenam probationis, ut illa non inconcinne privato-publica vocari possent. Haec res ad effecta instrumentorum, de quibus *infra*, pertinens, heic erat occupanda. Hoc satis etiam constat, instrumenta per tabelliones confecta, non valere sine testibus, *Nov.* 73. *c.* 5. cum in vere publicis nulli testes desiderentur, sed publica conscientia sufficiat. *l.* 19. *in pr. C. de Testam.*

4. (c) Ad instrumenta per tabelliones facta requirit Justinianus, ut praemittatur 1. nomen Imperatoris. 2. annus Imperii ejus. 3. consul. 4. Romanae indictionis annus. 5. mensis et dies, *Nov.* 47. *cap.* 1. quibus adde 6. nuncupationem et subscriptionem testium duorum cum tabellione, *d. N.* 73. *c.* 5. vel trium testium privatorum, qui etiam sine tabellione vim probandi habent. *d. Nov. Cap.* 2. Denique 7. partium subscriptionem. *ibid.* His additur a Dd. octavum requisitum; Invocatio nominis divini, quod scilicet primo loco ponitur. Verum ut in legibus non requiritur, ita nec moribus ubique receptum est, nulloque modo contractus ex ejus

(b) *Pos.* 3. 4. *et* 5. (c) *Pos.* 6. *et* 7.

† Quae adeo in Saxonia recognitione adversae partis non amplius indigent. *O. P. S. E. I. et E. Tit.* 25. §. 2.

omissione vitiatur. * A Matth. *d. disp.* 9. *th.* 54. Loci, quo negotium sit actum, mentio nusquam requiritur, nec a Dd. suppletur, adeoque non est necessaria, tametsi multis modis fieri potest, ut ejus adjectio sit utilissima, uti recte monet Gudelin. *de Jur. noviss. c.* 11. *n.* 20. Quod attinet ad mores, non ubique illa requisita omnia sunt necessaria; quanquam Thomasius omnia moribus Saxonicis esse necessaria, scribat in Schol. ad *Posit.* 6. *h. t.*

Invocatio nominis divini, de qua dictum est, neque nunquam, neque semper, adhibetur hodie: fere in rebus sanctioris ἀναθεωρήσεως, veluti in testamentis ob praesentem aeternitatis meditationem, et in contractibus matrimonii, similibusque. Atque illum rariorem usum non tam neglectui, quam religionis curae adscribendum censeo, ne mentio divini nominis vilescat, et profanetur dolis in forensibus negotiis saepe latentibus, quo, nisi fallor, pertinet illud tritum, *In nomine Domini incipit omne Malum.* Nomen Imperatoris aut Principis sub imperiis monarchicis servari, consultum, ut et annum Imperii ejus, etsi non ubique: apud nos id usum non habere palam est. Consulis loco fungitur hodie annus a Christo nato, Romanae indictionis aera nostratibus extra Kalendarii usum ignota est. ** Mensis et dies addi solet, neque non debet, ut tamen instrumentum ejus omissione non vitietur, ne testamentum quidem, ubi maxime alioqui usum haberet, ut Sandius docet *lib.* 4. *tit.* 1. *def.* 9.

5. Nuncupatio testium, in ipso instrumenti tenore melius fit, et facienda videtur; ut tamen, si appareat subscriptio, praevia nominatio nullum inferat vitium. (d) Subscriptionem testium in notarialibus instrumentis, sunt qui necessariam esse negant ex *d. Nov.* 73. *c.* 5. Sed Justinianus requirit τὴν ἐν γράμμασι τῶν μαρτύρων, ὡς εἴρηται, παρουσίαν. *Testium in literis, ut dictum est, praesentiam,* quae, nisi fallor, est subscriptio. Tametsi verum sit, probationem ideo non intercidere, si per alios testes rei gestae veritas demonstrari possit. *d. Nov. c.* 2. Adde *l.* 17. *C. de Fid. instrum.* Sed hac de re locus infra offeretur. *Moribus nostris*, ait Thomasius *in Scholio ad pos.* 7. *h. Saxonicis in Notarialibus instrumentis partium subscriptio non est necessaria.* Caeterum instrumenta proprie publica, magis est ut subscriptionem, quod ex legibus constet, non requirant, ut modo dictum ex *l.* 19. *C. de Testam.* et *l* 31. *C. de Donat.* Imo ne partium quidem subscriptio in his est necessaria, cum sufficiat in actis memorari; *Talem stetisse in judicio et declarasse*, καὶ τὰ ἑξῆς. Communiter tamen apud nos, subscriptionem ejus, qui se obligat, in judicio quoque necessariam credunt; ut aegre persuaserim aliquando illam omitti posse in quadam Curia, cum socer coecus in judicio fidejuberet pro genero suo publicarum auctionum actuario, neque subscribere posset. publicae fidei conscientia valet heic pro testium numero, ut *aliquoties* dictum. Postremo, plerisque instrumentis usu antiquo et hodierno inseritur hypotheca bonorum, et clausula prorugationis, sive submissio Curiae. Quod autem aliqui seriem rei gestae inter requisita ponunt, ut Pacius ad *h. t.* minus fit accurate; quia rem ipsam a requisitis suis separari consentaneum est.

6. Quia vero Instrumenta facile pereunt, usus magister docuit necessitatem protocollorum. Quae sunt *memoriales scripturae tabellionum, quibus in codice aliquo, gesti actus substantia collocatur*; ut inde pleni tenoris instrumentum conficiatur. Hunc enim finem et formam vox indicat, quia πρῶτον κῶλον nihil est aliud quam *Prima Scriptura.* Justinianus tamen in *Nov.* 44. vocem aliter usurpat. Nam per protocollum intelligit chartam, in cujus capite habetur titulus comitis sacrarum largitionum, et tempus, quo charta facta est, *cum caeteris*, cujusmodi chartas instrumentis scribendis solummodo adhiberi jubet, sicut hodie chartas sigillo publico insignitas ad eum usum tabellionibus injungi videmus. Sed Doctores *Protocollum* ejus, quem dixi, usus intelligunt saluberrimi; ut, si instrumenta desiderentur, quod frequentissime accidit, hi quorum interest, ad protocollum recurrere atque inde juris sui probationem petere possint. Habent enim publicam fidem, utpote scripta ab iis, qui jus *publice agendi chartas*, ut ait *lex* 3. *C. de Tabul.*

(d) *Pos.* 8.

* Moltis hanc nominis divini invocationem ad formam instrumenti pertinere, adeoque necessitatis esse, persuasum est. v. *Volckmann. Emend. P. II. p.* 74. *et alleg.* ibi Dd. maxime autem Constitutionem Maximiliani *II. R. I. de A.* 1512. §. 5. verbis: *Dass in Anfang, nach Anrassung des gottlichen Namens, (von dem alle Gutthat kommt) etc.* A Notariis haud tuto negligetur, quod in aliis instrumentis publicis privatisque forte est secus. Aliquando tamen aequius videbitur, contrahentes alienae culpae reus non facere; et ob omissam Invocationem nullitatis poena non mulctare, ut omnino visum *Fac. Jur. Lips. M. Jul.* 1705. teste Ill. Menckenio *ad O. P. S. tit.* 24. §. 2.

** Indictio Romana apud nos a Notariis omittenda haud est; circa eam errorem tamen dura nullitatis animadversione coercendum haud esse, plus simplici vice JCtis Lipsiens. placuit, teste Ill. Mencken. *O. P. S. Tit.* 24. §. 2.

acceperunt. Quod ut melius in tuto collocetur, prudenter ab Illustr. *Hollandiae Ordinibus* constitutum est, ut Notariis vita defunctis protocolla deferantur in secretarium judicii cujusque loci, ut illic in usum publicum custodiantur, Edicto *d.* 22. *Aprilis* 1670. cujus legis providentia ante aliquot annos ipse cum sociis potiti sumus haereditate quadam fideicommissaria, cum testamenti copiam nullam haberemus.

7. Ordines Frisiae nihil enixius magisque severe statutis suis sanxere, quam ut tabelliones habeant *protocolla* omnium contractuum, testamentorum, aliorumque actorum, quibus opera ipsorum adhibita fuerit, idque cum accurato indice bene custodiant, ut illuc semper recursus, ubi necesse fuerit, haberi queat, sub interminatione perdendi officii in perpetuum, ac insuper arbitraria poena, ut loquuntur Ordines *lib.* 3. *Stat. tit.* 1. *artic.* 3. Forma faciendi protocolla praescribitur *ibidem* haec, ut eodem ordine, quo instrumenta confecta sunt, eadem protocollo inserantur; adeoque non debeant esse *Minuta* sive rudes negotiorum delineationes, cujusmodi vox πρῶτον κῶλον designare videtur, sed ipsa actorum substantia, vel potius exempla vim authenticam habentia. Proinde secundum originale protocollorum institutum et legis Frisicae praescriptum, ipsa instrumenta contrahentium testiumque subscriptione firmata partibus tradenda sunt, et exemplum ejus manu tabellionis confirmatum protocello inserendum, quod secus apud *Batavos* aliisque locis servatur, ubi contrahentes atque testes in protocollo subscribunt, et exempla manu tabellionis munita partibus eduntur, ad quam consuetudinem spectat. Quaestio apud Doctores agitata, et a Wissenbachio *ad h. t. th.* 25. relata, an protocollo non extante: instrumentum publicum fidem faciat. Affirmatur eadem ratione, qua instrumento a partibus subscripto pereunte, protocollum a solo notario subscriptum vim probandi apud nos haberet. Hac enim gratia receptum est hoc institutum protocollorum, ut altero deficiente, non pereat probatio. Si quid in Frisia reformationis egeat, inter ea censeo ponendum esse neglectum protocollorum, summo publicae rei detrimento; quatenus illo brevi tempore, quo mihi licuit in foro versari, nescio quot exempla instrumentorum magni momenti, quae perierant, hominesque gravibus jacturis adflixerunt, extiterint. Causae tam enormis neglectus videntur fuisse, desidia notariorum, et tenacitas contrahentium, ne duplex salarium solverent. Quibus tamen removendis facile sufficeret judicum gravitas, si vim probandi non darent instrumentis, nisi forma statutis et jure civili praescripta compositis. Est alia ratio difficilioris refutationis. Quod homines nolint secreta ultimarum voluntatum et aeris alieni, quae duae res materiam instrumentorum maximam faciunt, legi in protocollis notariorum; qui plerumque non sunt ejus fidei et gravitatis, ut conscientiam arcanorum sustinere queant. Nec tamen haec ratio tanti videtur, ut requisita juris communis et statutarii subvertenda fuerint, quibus alibi gentium corrumpendis eadem ratio non suffecit. Quod si notarii statutis hac parte parerent, facile procuratores et advocatos, qui nunc instrumentis scribendis aeque dant operam, quam notarii, finibus officii sui profligarent.

8. Hac occasione de NOTARIIS eorumque officio paucis agere placet. Est igitur notarius, *Vir bonus, acta secundum leges concipere peritus, eamque ad rem publice constitutus.* Virum bonum esse debere, natura negotii et statuta gentium requirunt. Nostra *lib.* 3. *tit.* 1. *art.* 2. ubi: Ad officium *Notarii nemo admittatur, quam homines bene morati et publice pro talibus cogniti*, sic enim verba *vermaerde mannen* accipienda; non celebres, aut clari simpliciter, cujusmodi ἐπίθετον non capit illorum functio. *Artis scribendi peritum esse debere*, non est quod approbetur, nihilo magis quam *secundum leges* id esse faciendum. In eum finem soleat examinari, sintne legum et statutorum hac parte satis periti; quod statuta Frisiae praecipiunt *d. tit.* 1. *art.* 2. Nec enim facultas instrumenta conficiendi, sine rerum, de quibus concipiuntur, notitia recte fieri potest. Examinandus igitur notarius non scholastice, verum pinguius et summatim, de his juris articulis, de quibus instrumenta confici soleat, ut sunt nuptiae, pactorum dotalium requisita, de testamentis, et omni ultimarum voluntatum genere, de contractibus eorumque accessionibus, de privilegiis mulierum minorumque, de cautionibus, et clausulis, in quovis negotiorum genere solitis adhiberi, atque id genus alia.

9. Officium notarii, † in ipsa instrumenti confectione incipit a *mandato* partium, vel saltem ejus, cujus oneri praejudicioque serviet. Nam si absque tali mandato vel declaratione praevia, instrumentum conscribatur, manifestum

† Decisione Elector. XXXVIII. cautum est, ut in causis criminalibus, actuario jurato adjungatur notarius publicus Caesareus, nisi actuarius ipse ea potestate gaudeat. Idem est repetitum novissimo jure, et ut Actuarii, iidemque notarii, in casibus, ubi notarii praesentia opus est, se ea potestate gaudere 5. thalerorum annotent. Exceptio est in Auditoribus, castrensibus nempe judicibus, ut Noster Serenissimus A. 1718. 12. April. rescripsit. Caeterum Notarius publicus Caesareus ex edicto Anni 1721. 19. Febr. non admittitur in Terris Saxonicis, nisi a Facultate Juridica Saxonica Electorali examinatus, et in Regimine Dresd. immatriculatus fuerit. *O. P. S. E.* 1. *et E. Tit.* 2. §. 7.

est, eum qui in tali instrumento aliquid egisse vel promisisse dicitur, non teneri; (e) quanquam si in instrumento habeatur, aliquem adfuisse atque mandasse, ei relationi, quamdiu contra non fuerit probatum, fides habeatur. §. *Item Verborum*. 12. et §. *Si scriptum*. 17. *I. de Inutil. stip. l.* 14. *C. de Contrah. Stipul.* In hoc monitum absolute necessarium, aliquando impingunt nostrates notarii et scriptores publici instrumentorum, qui saepe mandato unius partis, ad cujus commodum pertinet instrumentum, si *Vir bonus et gravis sit*, (aliquando et hoc insuper habito) illud parant, eique credunt, ut a debitore subscribendum curet, ipsi postremo subscribunt, debitore non viso. Hinc erat fas dubitari, an instrumentum eo modo confectum vim probandi haberet, maxime cum statutis nostris *lib.* 3. *tit.* 1. *art.* 3. sollicite injungatur notariis, ne instrumentis comprehendat personas, sibi vel testibus sibi adjunctis ignotas. Et tamen adeo neglectim notariale institutum apud nos habetur, ut cum hoc saepe, nec raro, ut fatendum, bona fide, ad sublevanda itinerum incommoda, contingat, aliquando sciam esse dubitatum de valore talis instrumenti, in hujusmodi causa, cujus historiolam adjicere placet:

10. *Anna Lamberti*, vidua *Lasii Petrei* civis Snecani, conveniebat ex instrumento ab advocato quodam utriusque juris doctore Sneeae conscripto, sine testibus, (ut fert usus Frisiae, scilicet qui in medio foro, invita Jurisprudentia, invaluit) *Tadium* quendam, ob solutionem trecentorum supra bis mille florenorum aureorum, cum usuris plurium annorum, quos socer ejus, cujus per uxorem mortuam Tadius haeres factus erat, mutuo accepisset e Lasio soceri fratre. Cum essent conjecturae, debitorem illum eo tempore non accepisse tantam pecuniam mutuo, quidam amicus Tadii convenit scriptorem, eumque post multas ambages eo redegit, ut fateretur, se debitorem non vidisse, nedum pecuniam numeratam, etsi hoc in instrumento haberetur; sed Lasium, qui summae vir fidei habebatur, sibi jussisse, ut ejusmodi obligationem scriberet; scriptam accepisse, ut debitori, qui adesse non posset, subscribendam offerret; post aliquot dies retulisse subscriptam, seque non dubitantem de fide hominis spectati, subscripsisse deinceps. De tali causa, ut ancipite, miretur aliquis esse laboratum, et laboratum est satis, idque ob has rationes: 1. Quod per agmen ingens testium probaretur, Lasium fuisse virum probum et veracem, in quem tanti falsi non caderet suspicio. 2. Quia saepe talia fiunt in Frisia, nec *articulus* ille *tertius*, ex statutis citatus, in plerisque servetur. 3. Quod subscriptio infra obligationem posita, cum manu soceri debitoris collata, optime convenerit. 4. Quod scriptor ille doctor juris corruptus esse posset in ultima declaratione: quin priorem in officio factam, et instrumento, quod pro publico haberetur, expressam, meliore fide esse dignam. Responsum ad primam rationem. Tales, qui pro veracibus et probis habeantur, maxime valere ad fallendum, et revera probatum erat, fuisse eum inprimis callidum, ut vulgo *Doctor* vernaculus diceretur. Accedebat dolor praesumptus ab intercepta Lasio successione; item quod vivus usuras a Tadio pluribus annis petere non ausus erat; etsi instrumento adscripserat, ab originali debitore aliquot annorum usuras esse solutas. Ad 2. Pessimi moris nullam esse consequentiam, et si in Statuto illo quaedam obsoleta sint, mandatum debitoris ita ad substantiam instrumenti pertinere, ut obsolescere nequeat. Ad 3. Comparationem literarum, haud quaquam solide probare, *uti mox videbimus*. Praeter quod etiam constitit, illum imitandi manus alienas fuisse peritissimum, quod tamen non nisi post confectas in judicio probationes, adversario innotuerat. Ad 4. Ad minimum per ultimam scriptoris declarationem, fidem ejus, qua instrumentum nomine nitebatur, sublatam, consequenter ipsum instrumentum inutile ad probandum esse factum. Sed in jure ita cautum est, si testes instrumento adhibiti aliud deponant, quam ipsi in instrumento professi sunt, testimonia jurejurando firmata majoris esse fidei quam probationem, nec aliter fidelia censeri documenta, quam si subscriptorum viva declaratio, cum instrumenti relatione conveniat. *Nov.* 73. *c.* 3. Atqui testis unicus heic erat ille Doctor juris, qui juratus ea, quae diximus, retulerat. Ergo praevaluit in ista causa, et merito, ut contra instrumentum, etsi πληθυντικῶς, ac aegre judicaretur.

11. (f) Pertinent haec ad formam instrumentorum; sed fluit inde quaestio ad effectum probationis, quae formae instrumenti cohaeret, spectans, ejusmodi, qualem in *Armenia* Justinianus usu venisse narrat, in *d. Nov.* 73. *c.* 3. An quod Imperator ibi decidit, *si testes aliter quam in instrumento scriptum est, deponant, majorem esse testium fidem*; id etiam obtineat, si testes *negotio quidem adfuerint*, sed instrumento super eo composito *non interfuerint*, nec ei subscripserint. Disceptatum est ea de re in tali causa. Vir nobilissimus conveniebat Sempronium nomine cesso ad solvendum pretium fundi venditi. Is autem deducere volebat pretium mensurae minoris, quae reperta fuerat post venditionem; actor hoc ei jus competere negabat, quia fundus ad speciem

(e) *Pos.* 18. (f) *Pos.* 11.

venditus fueret, *soo groot en klen de Landen mogten zyn*, ut scriptum erat in literis instrumenti, quo casu non posse fieri deductionem, probavimus *Part. II. pag.* 486. *num.* 8. Sed emptor per testes, qui venditioni adfuerent ut pararii, probabet, ita convenisse, venditumque esse fundum ad *mensuram t' einde mate t' einde gelt*; qua formula deducendi facultas dator, ut *ibidem* tradidimus. Quaestio in hoc erat, utrum instrumento, an testibus major esset habenda fides. Plerique Domini testes praeferebant, *arg. d. Nov.* 73. *c.* 3. accedente deductionis illius aequitate, qua parum abest, quin doli reelis venditorem, eam non admittentem, arguat. Aliis tamen its videbatur. Sanctionem Justinianei non habere locum, nisi quando testes ipsi instrumento conficiendo firmandoque sunt edhibiti, et deinceps aliter quam fert *collatio literarum*, jurato deposuerunt, ut verba *Nov.* satis perspicue declarant. Hoic res aliter se habebat. Testes interfuerant venditioni, instrumentum deinde conscriptum partibusque praelectum fuerat, testibus illis non praesentibus. Dicendum videbatur, instrumentum potius sequendum; quia cum testes et instrumenta, quae sunt in forma probante, super eadem re seorsim consistunt atque confligunt, haec sine dubio praevalent, ut *mox videbimus*; accedit, quod post illam rem coram testibus gestam, partes aliter convenire potuerint, imo aliter, ex instrumenti compositione, praelectione, et subscriptione convenisse videbatur. Secus tamen in praedicta causa, vel per sensum generalem *d. cap.* 3. vel ob aequitatem deductionis illius placuit; *D. T. ab A. contra Claes Tjaerts*, *ante ferias O. S.* 1680.

DE EFFECTU PROBATIONIS *per instrumenta tam privata quam publica.*

12. Quod attinet igitur ad fidem instrumentorum, de illis est haec regula generalis; In litibus exercendis eandem vim obtinent tam fides instrumentorum, quam depositiones testium. *l.* 15. *C. h. t.* Nec tamen desunt res, quarum fluxa solet esse recordatio, in quibus instrumentorum solidior est probatio quam testium, maxime in designandis exacte rerum actarum temporibus, veluti in aetate probanda. *l.* 3. *C. Si minor se maj. dix.* ubi. *nisi palam et evidenter ex instrumentorum probatione, non per testium depositiones, te fuisse minorem ostenderis.* Quid igitur, an aetas per testes nullo modo probari potest? Non censeo id absolute prohiberi, sed in casu *d. l.* 3. dumtaxat, si minor instrumento per sacramenti religionem se majorem adseveraverit, et postea tamen beneficium in integrum restitutionis imploret. Alioqui in venia aetatis impetranda, si desit testimonium baptisterii, vel adnotationis parentum, non dubitatur, quin testes, qui causam scientiae, quae petitur, e comparatione rerum ipsis certo cognitarum reddere possint, admittantur; velut si testis habeat ipse liberos natos vel post paulo natos, si ab ineunte aetate sibi fuerit aequalis et id genus alis. Quin neque testes ab auditu repelluntur, si *adspectus* suffragetur, *d. l.* 3. *in pr.* aicubi non vertetur praejudicium tertii, ut quotidie servatur. (g) Caeterum, de publicis instrumentis indistincte praedicatur, illa testibus esse potiora, *l.* 10. *de Probat. l.* 31. *C. de Donat.* de omnibus autem indistincte, si de fide eorum non dubitetur, nec falsi arguentur, adversus scripturam non esse testes audiendos. Paulus 5. *sentent* 15. *ibique* Cujacius, adfirmans tamen id in libris Justiniani non extare. Nam *lex* 1. *C. de Testib.* e Basilicis ab ipso adsuta, non a Justiniano est. 13. *obs.* 38. Eam tamen et legem et regulam laudant ut Justinianaeam, Praeceptores nostri Ant. Matth. *de Judic. disp.* 9. *th.* 56. et Wissenbach. *ad h. tit. th.* 21. Falsi autem accusatio tam adversus publica quam privata instrumenta procul dubio admittetur. *l. pen. et ult. C. ad L. Cornel. de Fals. l.* 2. *h. t.* Quod si falsi non arguantur, testes quidem non audiuntur contra tenorem narrationis in instrumento rite confecto; sed quominus res in eo narratae refutentur, nihil impedimento est. Sic professio mulieris, quae a marito repudiata, cum esset gravida, puerum odio viri in actis publicis declaravit spurium, refutetur, ut tamen actis non derogetur fides. *l.* 29. §. 1. *de Probat.* Imo etiam testes admittuntur adversus ipsum tenorem narrationis, tam de veritate, quam de solemnitate. §. *item verborum.* 12. *et si scriptum.* 17. *I. de Inutil. stipul.* juncta *l.* 7. §. 12. *de Pact.*

13. (h) Quaero igitur, quis sit effectus hujus regulae; *Quod contra fidem instrumenti testes non audiantur.* Nam si tu dicas, hoc its esse capiendum; *si de fide eorum nihil dicatur*, ut Paulus *d. c.* 15. §. 4. id parum abest, quin sit cavillatorium; quorsum enim productio tua testium contra instrumentum, si nec tenor narrationis nec res narratae falsitatis arguantur? Vix est igitur, ut aliter usum habeat regula, quam ratione *post facti*, si quis debitum instrumento comprehensum dicat esse solutum, integro et apud creditorem adhuc existente instrumento. Non audietur, nisi ex constitutione Justiniani quinque testes integrae fidei adfuerint, *l.* 18. *C. de Testib.* sed hoc ante Justinianum.

(g) *Pos.* 9. *et* 10. (h) *Pos.* 12.

non videtur obtinuisse, quemadmodum certe nec hodie servatur, sufficiente duorum irrefragabili testimonio; teste Sandio *lib.* 1. *tit.* 10. *def.* 8. Fabr. 4. *Cod. tit. de Testib. def.* 23. *n.* 13. Cur enim non aeque sit admittenda probatio, quod debitum instrumento comprehensum sit solutum; quum et narrationem et narrata veluti falsa refellere licet? Hoc igitur modo adversus instrumentum audietur testis; verum si quis de fide tabularum, aut eorum, quae tabulis continentur, aliquid dicat, is aeque audietur. Proinde oportet ad hoc relabamur. Si fas est, tam narrationem ipsam quam res narratas refellere, si licet ipsum instrumentum, ut est compositum, arguere falsi, ut modo licere traditum est, denique si et debiti instrumento comprehensi solutionem postea factam per testes probare licet, quis superest usus aut sensus hujus regulae; *Testes non audiuntur contra Instrumentum?* Quid enim hoc est? Videtur esse inepta contradictio: Adversus *Instrumentum quod falsi non arguitur, testes non audiuntur.* Videamus, an hoc modo explicari possit; qui se obligavit in instrumento sciens ex falso fundamento, et ex quo non obligaretur, si professus non fuisset obligationem ille se non potest eximere obligationi, nec admittitur ad contrariam probationem. Demus exemplum rei judicatae antehac etiam commemoratae. Sempronius cum uxore, uterque suo nomine, sed adscripta qualitate haeredum Titii, qui frater uxoris fuerat, vendiderant praedium, seque pro evictione pariter obligaverant. Uxore mortua, Sempronius cum uxoris haeredibus ab emptore conventus est super evictione. Respondit, se non teneri, totum venditionis auctorem uxori fuisse, quanquam errore tabellarii, et suo, sine mentione qualitatis alienae collocatus esset, multo minus se jam finita qualitate mariti, esse conveniendum. Haec erant vera in se; attamen quia scriptum erat in instrumento, cui ipse subscripserat, sese evictionem praestiturum, non poterat audiri probatio, contraria scripturae tabularum. Proinde condemnatus est, salvo regressu adversus uxoris suae haeredes, *in causa Rienk Douwes Boxumani*, contra *Claes Claessen Rimswertensis cum socio*, sole magnae feriae 1679. Si quis hoc minus idoneum aut insufficiens arbitretur, omittat regulam, et dicat, adversus instrumenta rogari testes, et perpendi posse, utrum major fides illis insit, quam instrumento, *per Leges modo citatas.*

14. Effectum probationis ad publica instrumenta restringi, notum et aliquoties dictum; sed et hoc intellectum est, privata, quae habent trium testium subscriptionem, plenam facere fidem, *d. Nov.* 73. *c.* 2. nec vero publica, quae per tabellionem fiunt, sine testibus (ut videtur, duobus, quia numerus plurium duobus est contentus) valent, *d. Nov. c.* 5. Qui textus docent; inter ejusmodi publica et privata, paribus munita testibus, exiguum quoad vim probandi, aut nullum esse discrimen: eadem Nov. a literarum imperitis quinque testes adhiberi praecipit in *Cap.* 8. quorum unus pro imperito literarum negotii domino subscribere jubetur: unde satis apparet, quod multis in locis deficiente scribendi peritia, pro literis admittuntur *notae*, tam contrahentium quam testium, id non convenire cum ratione juris, ut observant Faber 4. *C. tit. de fid. inst. def.* 23. A. Matth. *disp.* 9. *de Judic. th.* 46. quia quicquid in illiteratis, hoc est, scribendi imperitis, incommodi lex metuit, id in talibus, qui nullam literam norunt, obtinet. Quanquam apud nos id usu tacito sic inolevit, ut signa notaeve, quae pingunt rustici simplicesque mortales, indistincte pro literis valeant, etsi ad Testamenta quod attineret, aliquando substitisse Curiae Supremae Δικαστόλεως, intelleximus, non sine summa ratione, ut in loco *dictum* et *dicetur*. Vicit tamen usus. Quando igitur privata instrumenta sufficiente numero testium munita pro publicis funguntur, in eo res desinit, ut quoad vim probandi, distinctio non tam inter privata et publica, quam inter *munita testibus* et ἰδιόχειρα, sive *chirographa propria* valeat.

15. (i) Scripturae testibus non munitae duobus juxta tabellionem, vel tribus aliis, nullam habent vim probandi, nisi quatenus contra eum, qui manum suam agnoscit, proferuntur; † pro scribentibus non valent instrumenta domestica,

(i) *Pos.* 13.

† Documenta recognoscibilia, licet in iis recognitioni fuerit renunciatum, in termino salvis exceptionibus sunt recognoscenda, aut in contumaciam pro recognitis habenda, quo fine partes statim ab initio sub praejudicio citandae, quod judex faciat sub 5. thalerorum mulcta, interlocutoriis sententiis super recognitione abolitis. Documenta peregrini idiomatis, quae producens a jurato interprete versa sub amissionis poena articulis probatoriis et reprobatoriis adjunget, itidem sunt recognoscenda, salvis iis, quae productus in ipsa recognitione vel subsequenti disputatione contra interpretationem monenda duxerit. *O. P. S. E. I. et E. Tit.* 25. §. 3. Diffessurus, ad diffessionem absque interlocutoria sententia, concesso brevi 8. aut 14. dierum spatio admittetur, in documentis propriis hac formula: se nec scripsisse, nec subscripsisse, neque se sciente, aut volente ab alio scriptum, subscriptumve esse; in alienis documentis: se nec credere nec opinari, illum, cujus id instrumentum esse dicitur, istud scripsisse, aut subscripsisse, aut eo sciente voleuteve scriptum aut subscriptum esse. Si.

privatae adnotationes, vel testationes, oeque rationes, *l.* 6. *C. de Probat.* oco etiam defuocti declarationes io testamento factae, etsi juratae, prosunt haeredibus, *l.* 7. *C. eod* etsi contra illos valeant, *Auth. Quod obtinet. C. de Prob.* aliis inquam, ooo praejudicatur, ut *ibid. in fine* et *d. l.* 6. D. Wisseobach. *ad h. t. th.* 23. *ubi plures, et omnes ita Auctores.* Nullo jure igitur Theseus Hippolytum incestus arguebaot; eo quod Phaedra chirographum suum, quo Hippolytum accusabat, morte voluntaria confirmaverit; sic ille.

Ποῖοι γὰρ ὅρκοι κρείσσονες, τίνες λόγοι Τῆς
δ' ἂν γένοιτ' ἄν, ὥς' αἰτίαν φυγεῖν.
Quo jurejurando, quibus rationibus.
Facinus probari posset, ut sis innocens'
Scil. si declaratio moribundae oon sufficiat.

Euripides *Hip. v.* 319. sic ille scilicet, affectu abreptus, ono judicio ductus.

16. (k) Scriptore chirographi, contra quem profertur, oegante suam esse maoum, peti potest comparatio literarum e producente, † praevio jurejuraodo calumniae; instrumentum autem, com quo comparatur chirographum controversum, debet esse procul omni dubitatinoe scriptom ab eodem reo, trium testium habens subscriptiooem, quorum duo saltem manum suam agonsceot; aliter nullo modo permittitur, ne quidem ex chirographo, quod ipse contra se proferat. *l.* 20. *C. h. t.* Et tameo oe sio quidem ex comparatiooe firmum oritur argumentum, ut Justinianus docet io *Praefat. Nov.* 73. quia unquam defuerunt homioes, *qui ad imitationem literarum semetipsos maxime exercent*, ut *ibidem.* Scriptura, *ex qua fit comparatio*, verba Baldi *ad l.* 20. *n.* 34. quae nihil est, *nisi quoddam argumentum a simili et vero simili*, inprimis ad eum fiuem est fallax, maxime, si chirographum ooo totum a scribeote scriptum, sed taotummodo subscriptum sit, quo casu vix credo, legibus omnion permissum iri comparatioois iostitutum, de chirographis enim ipsis *d. lex.* 20. loquitur; et in paucis literulis summa facilitatis imitationis fraudulentae fidem corrumperet. *arg d. l.* 20. *in pr.* vid. Donell. *lib.* 25. *Comm. ad tit. d. Fid. instrum. cap.* 2. Murnac. *Auth. Ad haec. C. h. t.* Wisseob. *h. th.* 22. Caeterum, haec diligens observatio Justiniaoi, io foro usque adeo exacte non servatur; sed fit comparatio ex privatis etiam scripturis, quas alii fide digni homines, maxime liberi, conjuges et propinqui, bene se oovisse, quod sint a maou defuocti, praedicent. Qua in re si comparatio tantum habeatur, ut haberi debet, pro verissimili argumento, non est periculi multum: et verendum est, ne non saepe nimium ei tribuatur, praesertim apud oos, ubi scripturis privatis certe oimium tribuitur.

17. Fuit apud Frisios consuetudo memorata in *lib.* 3. *Statutor. tit.* 23. *n.* 1. *Quod in hac provincia credatur instrumento contractus confirmato manu et sigillo scribentis.* Credo quod simplicitas et sinceritas geotis hanc consuetudinem nulla falsorum experieotia tolerabilem fecerit. Sed in recensendis publicandisque statutis adjecta sunt haec verba: *Qnoniam in Authentico juxta hanc consuetudinem adnotata reperiuntur haec verba*, ET MALE deniqoe, *cum incertum sit, an praedicta consuetudo in hac Provincia unquam approbata sit, vel secus: Eaque res in* HIS TEMPORIBUS *multam fraudibus occasionem praebere posset, si praedicta consuetudo servaretur, statutum est, ut post hac, quod attinet ad tabulas et instrumenta, Jus scriptum observetur.* Sed ut reformatores dubitant, ao uoquam haec consuetudo fuerit approbata, sic ego dubito, an unquam haec reformatio de aooo 1602. io usum introducta sit, ut jus scriptum, quod est Romanum, quoad instrumenta servaretor. Adeo quantum memoria repetere, vel a majoribus natu exquirere potui, semper valuit, quod nuoc obtioet, ut iostrumenta noo modo a tabellioaibus,

(k) *Pos.* 14.

pars juratura in isto termino juratam diffessionem oon praestat, aot ante istum terminum ab ea iterum desistit, licet forte altera pars non comparuerit, cui, si nihil habet, quod moneat, hoc licet, documenta ista, neglectis exceptionibus, pro recognitis habenda, et diffessionem detrectanti multa 10. 20. et amplius thalerorum ex arbitrio judicis iujungenda, nisi jurato affirmare possit, se, cum ad diffessionem se offerret, documenta omnino pro falsis habuisse, nec eo ipso in dolo versatum esse. *d. tit.* §. 4.

† Haec literarum comparatio in Saxonia tunc penitus est abolita; quad vero ad recognitionem instrumenti per testes attinet, requiritur, ut admissis adversae partis interrogatoriis, tam quoad personas testium, quam quoad merita causae, duo saltim adsint testes omni exceptione majores, qui se cum documenta subscriberentur, adfuisse, aut a producto ipso, haec sua esse, audivisse dicant; qui, si juraveriot, pars ad diffessionem non admittenda, poena 10. 20., et amplius thalerorum, quod indecenter ad diffessionem se obtulerit, dictanda, documenta pro recognitis habenda, et si res hoc ita ferat, pars adversa adhibito JCtorum consilio ad suppletorium admittenda. *O. P. S. E. I. et E. Tit.* 25. §. 5. Quid si productus contenta diffiteri velit? Potest, si prius juraverit, extensiooem, se nesciente nolenteque, factam. Si subscripsisse se fatetur, sed documentum a se non lectum esse excipiat, a diffessione arcebitur, suas vero exceptiones in reprobatione, aut si in ipsa reprobatione tale quid contingat, separata deductione judici exponet. *d. Tit.* §. 6.

sive notariis, sed etiam ab advocatis et procuratoribus scripta, et a partibus, sine ullo alio teste subscripta, vim probandi haberent; imo etiam idiographa, mediante comparatione literarum, si falsi non redarguantur; etsi nec sigillum, quod vulgo abiit in desuetudinem, fuerit adhibitum, haud raro admittuntur. Ego peccaturum non puto, qui ad hujus consuetudinis elogium repetat illud antiquum glossae, ET MALE.

18. Sed posita juris civilis hac parte disciplina, sunt tamen exceptiones quaedam proditae ab interpretibus, quibus privatae scripturae vim probandi habeant; ut sunt adnotationes parentum de statu et nativitate liberorum suorum, *l.* 29. *de Probat.* quam tamen non admittit ut exceptionem D. A. Matthae. *disp.* 9. *de Judic. th.* 52. De statu certe natalium legitimo, si tertii intersit, parentum testimonia merito suspecta habentur, ut nec abnuit. *d. l.* 29. §. 1. Ætatis probationem, aliunde quam ex ejusmodi adnotationibus habere vix licet, ideoque in foro admittuntur in hunc usum. Secunda exceptio ponitur in rationibus argentariorum; sed non est de regula, quia magis est, ut pro publicis habeantur instrumentis. *l.* 10. §. 1. *de Edendo.* Idem judicandum de relationibus publicarum personarum super expeditionibus ad officium suum pertinentibus, *arg. d. l.* 10. §. 1. verbis: *Quia officium eorum atque ministerium publicam habent causam.* Ac ita ubique servatur. Publicam scilicet, non auctoritate saltem, sed etiam usu atque exercitio, ne quis tutorum ut personarum publicarum rationes, idem jus habere contendat, quo nomine pragmaticos reprehendit D. Matthaeus *d. th.* 26. Tertia exceptio; si adversarius jam pro se, instrumento aliquo sit usus, id deinde contra ipsum vim probandi habere volunt. Hanc exceptionem D. Matthaeus *d. th.* 6. juri scribit esse contrariam; textum vellem adduxisset, aut rationem. Haec enim videtur pro exceptione militare; *Quod enim probo, non reprobo*; quod pro me servire feci, contra me pati debeo. *arg. Rubr. D. Quod quisque jur. in alt.* Nec in foro nostro dubitatur, quin ex instrumentis semel a partibus agnitis probatio recte petatur, ob hoc ipsum, quod agnita fuerunt; adeo ut, si, postquam in judicio agnitum est instrumentum, perierit, ex copia sive exemplo per notarium cum originali collato, quod alioqui non probat, in eadem dumtaxat instantia, jus dici possit, ut apud supremam Curiam, teste Nauta, judicatum est, *in causa Aukien Feickes*, contra *Franciscum a Scheltema*, *d.* 7. *Febr.* 1643. hac de re mox pressius. Addit et rejicit aliam D. Matthaeus exceptionem, quae est, quod scriptura privata, quam plura comitantur praesumptionum adminicula, probationi sufficere possit; quod ita concedere licet, quomodo ex concursu plurium praesumptionum cumulatarum, probatio quandoque, ut *titulo praeced.* exposuimus, colligi potest; aliter nequaquam.

19. (l) Quinta exceptio est in Mercatoribus, quorum rationes sive Codices rationum, habent vim probandi, † si Jurejurando vel morte mercatoris sunt confirmatae, * ut universali fere per omnem Europam consuetudine receptum est, teste Gailio *lib.* 3. *c.* 20. Tulden. ad *C. h. t. n.* 5. A jure civili id alienissimum est, quin exemplo pernitiosum judicatur, ut ei scripturae credatur, qua unusquisque sibi adnotatione privata debitorem constituit, *l.* 7. *C. de Probat.* ubi nec in Fisco, nec in alio quolibet id tolerandum pronunciatur. Sed postquam nomina contrahendi vetus ratio, quae collatis rationibus fiebat, obsoleta est; nec in mercatura, quae confertim exercetur, chirographa identidem commutari possunt, publica necessitas hunc morem sane quam periculosum invexit. Haec tamen requisita merito exiguntur; 1. Quod mercator sit bonae famae, nec falsi alias convictus, aut valde suspectus. 2. Ut rationes propria manu scripserit, quod tamen non est perpetuum. Quid enim si scribere nequeat? Tum si uxor socia mercaturae, vel alium habet institorem, ab his scriptae rationes non repellentur: sed numeri notaeque memoriales, ab illiteratis factae, non faciunt fidem. 3. Ut causa vel materia debiti sit expressa, neque sufficiat repetita eude τὰ *Item* 4. Ut sit liber, qui contineat data et accepta: sive *debet* et *credit*, ut loquuntur; qua tamen in re conditionis peritiaeque hominum ratio habenda. Sane id constat, debere

(l) *Pos.* 15.

† Secundum jus novissimum, si utraque pars e mercatorum ordine sit. Si mercator, neglecto eo, quod de chirographo a debitore justa et praescripta forma, ut instrumenti guarentigiati inde naturam habeat, exigendo, Mandato Electorali de An. 1683. constitutum est, adversus alius ordinis hominem agat, et probationis loco librum suum producat, ordinarie non suppletorium, sed purgatorium, aut si pro actore quaedam adsint alia adminicula, suppletorium non libri mercatorii, sed quaestionis principalis est injungendum. *O. P. S. E. I.* et *E. Tit.* 20. §. 4.

* Mors mercatoris nostri fori observantia libros ejus non ita firmat, ut jusjurandum vivi; sed aut ab haeredibus suppletoria jurandum, aut petendum, ut ob probationem e suis libris semiplenam debitores jusjurandum purgatorium subire jubeantur. V. omnino Celeb. Dn. D. Barthium in *Hodeg. Forens. p.* 468.

librum esse *pragmaticum*, non tumultuarium, in quo raptim quovis modo res annotentur. Talia fere Gailius *d. cap.* 30. quibus adde 5. Tempus, quo res acceptae sint, esse exprimendum. Denique, si valde probabiles sint rationes quod non debeatur, maxime si reus docere possit, se nunquam ab illo mercatore solitum emere, non potest neque debet tribui plena fides rationibus. Denique et hoc tenendum, jus hoc rationum mercatoriarum, ad res quae ad negotiationis cujusque materiam pertinent, spectare, non ad alia: quemadmodum et fides relationum, quas alii homines publici faciunt de expeditionibus, ad quas ipsi mittuntur, et quas officii ratione peragunt, non ad exotica referri debet, ut recte Gailius *d. cap.* 20. *n.* 8. Atque haec ita in usu quotidiano servantur. (1)

DE FIDE EXEMPLARIUM.

20. (m) Porro effectus probationis qui tribuitur instrumentis, ad authentica sive originalia, non ad exemplaria pertinet, *l.* 2. *h.* ubi exemplum *scriptura calumniosa* vocatur † *l.* 7. *C. de Edendo* c. 1. *X. de fid. Instr.* Exempla vero concedere debet ei cujus interest, is qui tenet authenticum, *d. l.* 7. etsi forte jus petentis nondum sit natum; si modo comparatum sit ut nasci queat; velut si haeres fideicommissarius ante conditionem fideicommissi existentem, petat exemplum testamenti, in quo fideicommissum sibi post mortem primi haeredis relictum est. Quae res dubium vix habet, si ab initio petatur: quando tamen post multos annos, re jam inveterata, petitur, solent haeredes fiduciarii esse difficiliores; quasi in annos suos inquiratur, posse tamen ne tum quidem negari copiam, exemplo rei judicatae firmatum est a Nauta nostro *decis.* 15. inter *Theodorum et Hectorem Wissema*, contra *Johannem Eelkama*, *d.* 10. *Julii* 1640. Neque descriptum modo exemplum, sed etiam recognitum concedi debet. *l.* 5. *D. Famil. ercisc.* Recognitio variis modis fieri potest; in summa, vel consensu partium solo, vel etiam auctoritate publica. Consensu partium, sine publica auctoritate, fit saepe, quando cohaeredes, ut in *d. l.* 5 aliive consortes, pro singulis totidem exempla fieri curant, ea pariter recognoscunt, et pro authenticis habenda sanciunt; illa tunc inter ipsos eorumque haeredes vim plenam habere probandi, non est dubium, per ea, quae Mynsigerus habet *cent.* 6. *obs.* 74. Auctoritas publica pari discrimine sumenda, quo *supra* de confectione publicorum instrumentorum diximus, de magistratu judicibusve, vel de notariis. Coram magistratu judicibusve recognitio fieri potest cum pleno effectu probandi, si partes, quarum interest, ad hoc vocatae atque citatae fuerint; qua de re videndus idem Mynsingerus *d. cent.* 6. *cap.* 74. Quod si instrumenta spectent ad litem pendentem, simplex denuntiatio sufficit, ad quam si pars adversa non veniat, collatio nihilominus apud scribam publicum, cum effectu probationis in ea lite, sicut apud nos, procedit, ex statuto *lib.* 3. *t.* 23. §. *ult.* Absque citatione igitur vel denunciatione, facta collatio a judice vel a scriba publico, non tribuit vim probandi.

21. Proinde nec collatio a notario, apud quem citatio non habet locum, sine partium consensu facta, vim eamdem habere potest. Nisi forte, *si sit idem notarius, qui scripsit authenticum*, isque inde fecerit descriptum atque recognitum. *hoc habeat vim probandi*, ut tradit Mynsigerus *d. obs.* 74. *n.* 3. quod notabile esset, inprimis ad usum nostrum; in quo haec nondum recepta, vel cognita, quod sciam, est exceptio; sed recipi debere videbatur, ob has rationes. Primam; quia tunc est eadem auctoritas, qua primum originale confectum est, eadem fides publica, in eadem persona. (n) Alteram, quia doctores consentiunt, exemplum e protocollo; id est authentico, sub fide manuque ejusdem notarii descriptum, vim perfectam habere probandi, non extante licet protocollo, ut *supra* dictum est, et probat D. Wissenbach. *ad h. tit. th.* 25. nec non usus omnium locorum, in quibus protocolla usurpantur,

(m) *Pos.* 16. *et* 22. (n) *Pos.* 17.

(1) *De libris mercatorum foro cedentium, extat elegans dissertatio Viri Clarissimi Jo. Gotlieb Heineccii in* Syll. 1. opusc. exercit. 15. *ubi fusius de requisitis ad hanc probationem agit.*

† Hac occasione ex jure novissimo annotabimus, documentorum ab adversa parte productorum, vel alias apud acta jam reperiundorum exempla, non amplius producenda, sed remissionibus ad actorum folia utendum, quae si plane non, aut non recte sunt allegata, poena negligentem manet 5. thalerorum. *O. P. S. E. I. et E. Tit.* 24. §. 1. Caeterum si documentum praeter id, quod in controversia est, alia contineat, Sufficit istam, quae ad praesentem litem facit, partem, per modum Extracti, articulis subjunxisse, addito documenti initio, fine, et subscriptione, quo facto iudaceus documento illo amplius non, quam quatenus excerptum est, utetur. Extra istum casum, documentorum, quae in producentis manu sunt, exempla integra articulis adjungenda, nec altera parte invita revocanda, aut negligenda instrumenta semel inducta, nec in inductione aliis signis et characteribus, praeter literas, numeros, et planetarum signa, sub 5. thalerorum mulcta utendum *d. Tit.* §. 2.

confirmat. Ergo exemplum de autentico ipso ab eodem notario descriptum, licet autenticum perierit, vim aeque probandi habeat oportet. Rationes minime spernendae equidem. Haereo tamen, nec satis scio, an ejusmodi hoc jus sit, quod in usum (ut, si legale sit, fieri oporteret) provehi debeat. Justinianus in *Nov.* 73. id agens, ut instrumenta caute conficiantur, fidem tabellionum non sufficere solam statuit, sed testium praesentiam insuper accedere jubet. *cap.* 5. Verum in exemplo deinde ex authentico descripto, solius tabellionis fides, sine testium conscientia reperitur; quae si non sufficiat in primo originali componendo, nec in recognito faciendo metum negligentiae aut malitiae penitus amoliri potest. Unde cadit prima ratio, quae Mynsigeri est; etsi enim eadem sit persona tabellionis, non adsunt iidem testes, et quod magis, utraque pars abest, quarum subscriptiones authenticum ab omni suspicione liberant; quantum igitur abest, ut eadem sit auctoritas in exemplo per notarium descripto, quae fuit in *originali* primum condendo! Ratio altera ab usu protocolli desumpta, non valet jure civili, quo id genus protocolla ignorantur; nec apud nos, ubi similiter ab usu remota sunt. Dein exempla notariorum e protocollis descripta, valent ideo ad probationem, quia eo referunt ad authenticum, quod semper in protocollo haberi potest; rarissime enim fit, ut protocolla pereant. Si placuerit, ut ejusmodi casu inopinato exempla retineant fidem, quam prius habuerant, inde malo ad exemplaria quorumvis instrumentorum, quae facilius pereunt, consequentia dicitur maxime contra juris rationem modo demonstratam.

22. Roget aliquis, an ubi instrumenta valent sine testibus, ut apud nos a solo tabellione, procuratore, aliave persona publica scripta, si ab hisce *copiae* sive exempla scribantur, utrum haec vim probandi habeant, quia testium defectus ibi non obstat? Ne hoc quidem dicendum: etsi enim testium defectus heic non noceat, partium tamen aut partis obligatae subscriptio, quae non minoris est momenti, deficit; ideoque sine consensu partium facta ejusmodi descripta et recognita non merentur fidem, in eoque *per jura modo laudata* desinendum. Hoc tamen observato; si persona publica darot exemplum instrumenti, quod nullius habeat subscriptionem, sed quod totum a fide ac officio illius dependeat, ita ut authenticum ejus per se habeat vim probandi, tunc etiam e us scripturae exemplum, ipsius manu editum, eandem vim obtinebit. Ita qui publicis monumentis praesunt *secretarii*, exempla actorum edentes, fidem faciunt sua manu. Idem de exemplis actorum consistorialium, editis a pastoribus; de exemplis professionum, quae sunt in baptistoriis a custodibus templorum editis sub ipsorum manu, servatur, et quominus servetur, nihil obstat *per jura citata*.

23. Ex superioribus nihil dubii relinquitur, si collatio facta sit ab aliis tabellionibus, advocatis, procuratoribus, secretariis, quam qui acta contractusque pro aliis scripserunt, quin ex illis probatio peti ot jus dici nequeat, etsi alia concurrant adminicula praesumptionum, quibus efficiatur, ut ἴσόγραφον praedurum videatur, ejusmodi exemplis negaro fidem. Observatum hoc est in sequenti exemplo *D. Petrus Lomors*, Consul Franekeranus, et Ordinum Frisiae legatus Novemvir, petebat haereditatem fideicommissariam a *D. Johanne Suiderbaen*, ejusdem dignitatis Consule Doccumano. Nitebatur Actor exemplo testamenti scripti ab optimae fidei notario, qui testis citatus non modo declarabat, se tale testamentum, quod beoo meminissat, rogatu illius testatoris scripsisse, verum se quoque o stylo agnoscere suum dictamen: recognitum erat ab alio tabellione non minus probo et diligente, qui subscripserat, *hoc exemplum verbotenos cum Authentico suo convenire.* Repulsus tamen est actor *ante magnas ferias* 1679. Optandum esset, ut similis accuratio in authenticis observaretur. Qui enim haec cohaerent; notario publico non creditur exemplum describenti ex authentico, no non aliquid desit; sed eidem authenticum scribenti creditur soli, quod manus subscripta sit debitoris? Scio, quosdam in disceptatione super illa causa putasse, non ideo probandi vim notariali exemplo denegari, quod fides notario non habeatur, sed quod incertum haberetur, an non principale sive authenticum esset abolitum vel cancellatum: quod, ut apparet, non est de nihilo. Sed tamen haec ratio non minus obstat exemplis *vidimatis*, quae vocant, sive publicis *copiis*, in judicio, post citationem partium solemniter, vel conventione eorum quorum interest, recognitis et confirmatis: etiam quando per testes rei gestae veritas, amisso instrumento, probatur. neque tamen illis casibus probandi virtutem labefactari, vel negari vidimus. Sed hae de re adhuc aliquid sub *fin. h. tit.*

24. Atque ex his intelligitur, quid de exceptione generali, quam D. A Matth. *d. disp.* 9. *th.* 73. et Wisseobach. ad *h. t. th.* 24. iisdem uterque verbis collocant, sit indicandum: post regulam; *authenticum probare, non exemplum*, ajunt: *excipiendum est illud, quod fide publica et optima ex authentico descriptum est. l. chirographis.* 57. *princ. de Admin. Tut.* Nimis erude ponitur exceptio, cui praecipuum requisitum, *citatio* partis eu us interest, deest, ut non modo Mynsingerus *dd. locis*, sed et Gailius 1. 94. 28. scriptoresque

ab illis laudati probant. Lex *Chirographis*, quam citant praeceptores nostri, non agit de exemplaribus; sed de fido inventarii, quod vere publicum est instrumentum. Haec res facit, ut religio sit illis adsentiri, qui volunt, instrumenta in publicos indices sive codices redacta, hoc ipso vim probandi habere. Scilicet, instrumenta obligationum hypothecaria, jus praelationis adquirunt insinuatione facta in libros, qui publice in hunc finem a scribis judiciorum habentur; et testamenta, quibus fideicommissa continentur, cis biennium in publicos etiam libros apud Curiam redigenda sunt, alioquin irrita fiunt. Si post insinuationem authentica pereant, ex illis exemplis, quae in publicis istis codicibus habentur, probationem peti posse, sunt qui volunt. Non censeo; quia descriptio illa fit partibus non vocatis, dum vocari possent. II. Quia descriptio illa non fit in eum finem, ut probationi inserviat, sed ut legi ob usum plane diversum satisfiat. III. Quia descriptio non fit a publicis personis sed plerumque ab amanuensibus non juratis. IV. Quia fideicommissariis descriptis, ut apud nos habentur, nulla judicialis recognitio adhibetur; insertio sola, vel subscriptio, ad scopum legis sufficit. Ac ita consultus respondi *d.* 3. *Mart.* 1688.

Justior exceptio fuerit, quod si instrumentum qualitercunque recognitum a partibus admissum, et secundum illud jus dictum fuerit, idem exinde in aliis quoque judiciis pro valido ad probandum habeatur; quia partium consensu sic satis illud approbatum videtur, idque indubitati juris est ac moris in foro: ut in novissima disceptatione rei maximae de causa *Amelandica*, ex veterum testamentorum exemplis antea quoque productis, in Suprema Curia judicatum est. Alio tempore fideicommissi petitio adjudicata est, e copia sive exemplo testamenti, sine partium voluntate collato; propterea, quod authenticum alias in judicio agnitum superque eo lata sententia fuisset, ac in divisione inter cohaeredes agnitum. Cui accedebat, quod duo testes fideicommissum illud, in authentico ita, ut in exemplo apparebat, scriptum fuisse deponerent, in causa *Dd. Marci et Laelii a Lyklama*, contra *Elkiam ab Aylva*, *ante ferias natalit.* 168·. Plus dubii fuit in eo, quod *supra n.* 18. memoravimus exemplo. Illic authenticum exemplum, initio litis exhibitum adversario, nec ab eo contradictum, pendente lite, perierat: nec aliud quam exemplum, a scriba publico recognitum, supererat. Reus, non posse ejus a judice rationem haberi, et sibi quoque ad refutandum authentico opus esse, contendebat. Sed Curia actorem ad juramentum malitiae, non esse factum opera doloque suo, ut authenticum interiret, admittere non dubitavit, ac ita secundum exemplum jus dixit, inter partes *supra* dictas, *d.* 7. *Febr.* 1643.

25. (o) Tempus exhibendi instrumenta, fuit olim idem cum editione, quae cum in jus vocatione fiebat, ut olim didicimus ex *l.* 1. §. 2. *de Edendo* ubi monitum fuit, exempla Instrumentorum, edenda esse sine die et Consule, quod hodie secus fieri diximus, et quare, ad *tit. de Edendo Part. II. pag.* 133. Caeterum, ea exhibitio erat praeparatoria. Dein rursus ad probandum vel eadem, vel alia deinde reperta instrumenta produci poterant, usque ad conclusionem in causa, secundum ea, quae de termino probationum generali, dicta sunt *ad tit. praeced.* Moribus hodiernis, exhibitio instrumentorum † fit, vel ante, vel post interlocutoriam. Ante, quando junguntur libello aliive scripturae litis, in qua fit mentio instrumenti cum intentione probandi; tunc enim exhiberi debet, ut adversarius in ea, quae sibi videntur, animadvertere possit; qui alioqui respondere non tenetur, ut statutis nostris expressum *lib.* 3. *tit.* 19. *art.* 5. Propterea non est fas reo, in ultima scriptura, ubi in scriptis proceditur, instrumentum exhibere, quoniam actor illud tum refutare non potest; vel si reus id fecerit, actor ad ultimam illam scripturam potest respondere, nulla rei contradictione permittenda, ut nostrates praecipiunt in *d. art.* 5. Post interlocutionem de probando, fit productio instrumentorum vel iterata, vel nova. Iterata, quando interrogationes invicem proponuntur: tunc enim juxta positiones de factis controversis, quibus ea probandis exhibita fuerunt ante interlocutionem, rursus iisdem confirmandis adhibentur et adhiberi debent, alioqui non probant, ut vult Mynsinger. *cent.* 2. *obs.* 13. *pr.* ac ita judicatum in Camera testatur, cujus tamen rei non video rationem. Cur enim quod ante interlocutoriam, in forma probante ut adversarius id refellere potuerit, exhibitum est, et quod semel probatione functum est, ad finem usque litis

(o) *Pos.* 20. *et* 21.

† Documenta inducta, quorum editio non exspectatur, in productionis termino. In prima vel secunda positione sub desertionis poena, originaliter sunt producenda, et, ad acta, facta annotatione, authentica in judicio relinquenda, donec adversa pars ea satis inspexit, deinde parti sunt reddenda, relata tamen prius ad acta judicialiter vidimata copia; immo, si de forma instrumenti disceptatum est, retinendum est apud acta, parti redditis literis de hac retentione testantibus, et simul cum actis ad JCtos transmittendum. *O. P. S. E. I. et E. Tit.* 25. §. 1.

probationi non sufficiat? Fit quidem semper, et fieri debet, ut denuo apud interrogationes post interlocutoriam proferatur: verum si quis *remissive* in positionibus instrumentum ante exhibitum et quod etiamnum apud Scripturas ante interlocutoriam extat, vel in promptu haberi possit, laudet, eoque provocet, non putem id vim probationis amissurum. Nisi fallit memoria, vidi id quidem accidisse, ut Curia nostra non rejiceret demonstrationem.

26. Nova productio fit post interlocutionem, eorum instrumentorum, quae prius allegare probationis causa usu non venit, eaque adversarius per reprobationes suo arbitratu et quovis tempore, donec probationes publicatae sunt, refellere potest. In quem finem apud officium commissarii, quo parti adversae insinuentur, tradenda sunt, addito, in quem finem proferantur *d. lib.* 3. *tit.* 23. *art.* 3. Idque non potest commodius administrari, quam fit quotidie, ut novae positiones adversario apud judicem proponantur, quibus mediis, probatio ex novis instrumentis inducitur. Post publicationem, ante conclusionem in causa et renunciationem, adhuc instrumenta exhiberi possunt in judicio, praesente adversario, cui judex ad refutandum sufficiens spatium praefigat. *d. tit.* 23. *art.* 4. Postquam vero partes in causa concluserunt, nulla amplius instrumenta proferri possunt: nisi quae forte deinceps reperta fuerint, idque causa cognita, ac, ut videtur, restitutionis in integrum beneficio, cum lex nulla producendi, quam ante conclusionem, tribuat copiam; etsi id aliis displiceat, ut Mynsingerus indicat *d. cent.* 6. *obs.* 56. *n.* 9. Sed apud nos ita servatur, et recte; quod enim est aliud restitutio, quam amissi juris redintegratio? Et quis negat, jus instrumenta proferendi, per conclusionem amissum, aut etiam alias per lapsum termini dilationis peremptoriae a judice praefixi; sane, si pars adversa non contradicat, productionem rite fieri, non est ambigendum. Mynsinger. *ibid. n.* 10. Post sententiam an instrumenta noviter reperta †† proferri possint, ad effectum sententiae, ad *Tit. de Re Judic.* pertinet, eoque id referemus. Tu vide sis eumdem Mynsing. *cent.* 4. *obs.* 60.

27. (p) Hactenus de effectu probationis quem habent instrumenta circa res et acta, de quibus concepta sunt. Non habent eandem vim circa res alias, et acta quae referuntur in illis, sed obiter, et de quibus instrumentum non fuit ex professo compositum, etsi notarius id a se visum lectumque adfirmet. *l. ult. de Probat. Auth. Si quis in aliquo. C. de Edend.* Faehinae. 12. *controv.* 3. A. Matth. *disp.* 9. *de Judic. n.* 66. Similiter exhibitio instrumenti obligatorii, non probat sola mandatum vel cessionem, sed hanc factum suum peculiari probatione praebere debet, *arg. dd. ll.* etsi in instrumento scriptum sit, pecuniam legitimo exhibitori restitutum iri, cum facti sit, utrum legitimus sit, an secus. Plane, si instrumentum non habeat nomen certi creditoris, sed in commodum exhibitoris generaliter sit conceptum, qualia novissimis belli temporibus edidit Respublica nostra, secus est dicendum: tunc enim instrumenti exhibitor eo sic ut nummis utitur. In caeteris vero sola instrumenti possessio non sufficit. Hinc rejectus est administrator ecclesiae cujusdam, qui diu post rationes redditas apocham quadringentorum florenorum pro ecclesia erogatorum a tertio, exhibebat, cui tertio narrabat se solvisse pecuniam, sed non probabat cessionem, vel solutionem a se factam. *Jacobus Adam, contra Curatores templi Arumensis. ante fer. natal.* 1681.

28. (q) Denique, praecipua scripturae virtus haec est, ut res in ea contentas et actas probet; nec tamen ideo minus res gesta valebit, eo quod nullum super illo negotio confectum fuerit instrumentum, ut docet *Lex pen. h. t. l.* 13. *C. de Probat. et l.* 1. *C. de Dot. caut.* Quippe scriptura nihil ad substantiam rerum pertinet, extrinsecus tantum ob usum probationis accedit. Verum tamen est, naturam negotiorum saepe ejusmodi esse, ut vel ad necessitatem, vel ad essentiam requiratur: Quid hic essentia et necessitas, etiam in Jure nostro differant, in *Parte II. Digress. lib.* 2. *cap.* 20. demonstratum est. In universum igitur triplex scripturae virtus est; aut enim ad essentiam pertinet; aut ad necessitatem; vel denique ad probationem. Triplicis hujus scripturae virtutis exemplum, dari potest in testamento; nam hoc aliquando ita conficitur, ut scriptura non sit necessaria, sed probationis causa tantum adhibeatur: aliquando scriptura necessitatis est, ab essentia tamen aliena, quandoque ad ipsam requiritur essentiam. Primo enim quando nuncupativum conditur testamentum, ad hoc non adhiberi scripturam, vox ipsa loquitur, nec tamen aliter fieri solet, quam ut testatoris voluntas memoriae et *probationis ergo* in scripturam redigatur. Rursus, testamentum caeci debet esse

(p *Pos.* 19. (q) *Pos.* 2.

†† Ob quae juramentum deferendum, ut constet, tempore probationis aut reprobationis producentem, aut penitus nihil scivisse, aut, ubi existerint, prorsus ignorasse, modo hoc casu legitime fuerint inducta. Caeterum iis, qui restitutionis in integrum beneficio gaudent, si nulla doli mali aut protractae temere litis est suspicio, quod ad hoc juramentum attinet, merito parcitur, *O. P. S. E. I. et E. Tit.* 24. §. 3.

esemplo *αὐθεντικῶς* recognito uteretur: utique, nisi a partibus id exemplum fuisset agnitum, vel ea gratia ex authentico descriptum esset, ut hoc abolito, illud pro authentico valeret. Alioqui si justa sit causa dubitandi, an instrumentum principale non sit abolitum, cancellatum, aut spongia inductum, non facile ex eo solo dabitur petitio adversus negantem se debere, atque in alieno versantem facto: ut probatio solutionis ab eo nequaquam exigi possit. Idem obstat, si creditor amisso instrumento per testes probet, obligationem fuisse contractam. Nec enim ita potest fundari petitio veteris debiti, contra negantes, nisi probari possit, quando perierit, et quod ante *ἀφάνισιν*, immediate in vigore fuerit.

31. Hinc adeo difficilis est usus ejus juris, quod habetur in *l.* 57. *de Amnistr. Tut.* ubi instrumentis incendio absumptis, ex inventario actiones institui posse dicuntur. Hoc enim ut procedat, constare debet, instrumenta nuper extitisse, et in domo combusta fuisse; id enim ponitur in *d. l.* 57. Neu ita res difficultate caret Meo tempore ventilata est ejusmodi quaestio; tutor per tumultuariam fugam anno 1672. coactus erat e finibus Frisiae migrare in tutiora loca. Pupillus in ea fuga dicebat instrumenta sua periisse, inter alia obligationem ad octingentos florenos philippicos. Hanc summam petebat ex inventario judicialiter facto *d.* 8. *Octobr.* 1688. Commissarius et duo, qui subscripserant inventario, testabantur, obligationem tunc fuisse prae manibus; accedebat verisimilis, sed non plena probatio, instrumentum illud in ea fuga periisse. Ex eo post decennium fere pupillus movit actionem debitoribus, aut eorum haeredibus, qui negabant se debere. Cum autem ille nihil proferret quam inventarium, in quo nomina simpliciter et summatim recensebantur, major pars dominorum non censuit, ex eo solo dandam esse condemnationem; cum nec instrumentum eo tempore periisse, vel quo tempore id evenisset, exacte demonstrari posset, nec, an solutione debitum non fuisset peremptum. Movebat etiam, quod inventarium minus solemniter et exacte compositum esset: in causa *Siraentie Pieters Impr.* contra *Loytlen Koenes Geden. ante fer. Nat* 1681. Agemus hac de re denuo ad *tit. de Administrat. Tut.* Tu vero ex his aliisque supra dictis observa sis iterum, quam necessarius sit usus protocollorum. Item, patremfamilias recte facere, si authenticum obligationis instrumentum, quod redemit, custodiat, ne ex descriptis aliquando conveniatur. Denique, multa opus esse judicum prudentia in omni hac probationum materia.

TIT. V.

DE TESTIBUS.

I. Discrimen inter causas arcendi testes, et reprobandi, ejusque usus. II. QUINAM PENITUS ARCEANTUR, ubi variae observationes. III. Quinam in certis causis, primo de subjectis in causa Principis. IV. De mutis, surdis, et coecis. V. De mulieribus, et minoribus annis 25. et haereticis. VI. Quilibet in sua causa. VII. Socii negotiorum et Criminum, non municipes. VIII. Advocati, Executores negotiorum, et quid hi, ad l. ult. h. t. item proxenetae. IX. Judices in causis officii sui. X. Domesticos prohiberi, et quinam illi. XI. An et famuli ingenui. An fratres atque sorores XII. De amicitia atque inimicitia. XIII. Personae quae non absolute prohibentur, sed minus fidei merentur, ut infames vulgariter, viles, haeretici, cognati. XIV. Quibus invitis testimonium denuntiari nequeat. XV. An hoc in causis quoque civilibus obtineat. XVI. An adfinitate soluta, duret privilegium. XVII. An advocatus sit inter eos. XVIII. Quot testes requirantur, et de multis singularibus. XIX. Plus minusve fidei non pendere semper a numero, sed et a ratione scientiae. XX. De testibus auritis, et oculatis. XXI. An specialiter rogandi. XXII. Modus et locus producendi. XXIII. Quibus necessitas veniendi in locum judicii remittatur. XXIV. An testes coram adversariis examinandi. XXV. De juramento testium. XXVI. Quid adversario faciendum ante testium examinationem. XXVII. Quaestio peculiaris in eam rem. XXVIII. Alia quaestio huc pertinens. XXIX De articulis interrogatoriis. XXX. Qua forma testem respondere, et responsa scribi debeant. XXXI. De reprobatione testium. XXXII. Quot productionibus uti liceat. XXXIII. Judicis officium post omnia. XXXIV. De testibus extra vel ante judicium. XXXV. De testibus in perpetuam rei memoriam.

(a) Constantinus Augustus ad populum; *In exercendis litibus eamdem vim obtinent, tam fides instrumentorum, quam depositiones testium. l.* 15. *C. de fid. instrum.* De testibus igitur agendi locus est praesentis rubricae. De fide effectuque probandi, quem habent

(a) *Pos.* 1.

testes, non erit perplexa quaestio, sed quinam edmittendi sint ad testimonium perhibendum, difficilius explanetur. Summa distinctio et observatio est, testes aut prohiberi penitus, eut reprobari duntaxat. Prohibentur, qui plane non audiuntur; reprobantur, quibus auditis aliquid objici potest, † quominus fidem mereantur. Ob primum genus causarum, ubi testes producuntur, ab adversario fieri debet oppositio, superque eo lis obiter, ac sit talis, quem lex arceat, ventilatur: nam si de facto id constet, vel non audiendus est a judice, vel dicta ejus pro nullis habeotur, ut nec ulla opus sit lite. Sed quia judex ultro vix cuiquam negat audientiam, et tamen ut ejusmodi testes audiantur, non caret praejudicio, eemper ubi talis eliquis producitur, adversarius omittere non debet, quin se oppoont examini, et fiat lis incidens. Imo plerumque, tametsi causae con tam sint juridicao ad arcendum, quam probabilea ad reprobandum, si paulo praegnantiores sint, oppositione colent uti; quod alioqui judicea disputationibus reprobatoriis enimum vix attendere soleant, nisi por oppositiooem *in forma*, ut ita loquar, urgeaotur. Argumenta reprobatoria vocabulo e Latino, Gallica corruptione, *Reproches* in foro appellantur. Quae vero sint causae testes omnino arcendi, quae sint reprobatoriae, ex sequentibus patebit.

2. (b) Personae prohibitae vel ab omnibus arcentur testimoniis, vel e certis duntaxat. Ab omoibus qui prohibentur, sunt I. SERVUS, etenim testis, homo liber esse debet *l.* 11. *C. h. t.* et servi ab omni juris communicatione praecluduntur, *l.* 20. §. 7. *Qui testam. fac.* ut tamen in subsidium, eliaque probatione deficiente, fueriet euditi, *l.* 7. *h.* etiam contra dominos in certis causis. *l.* 53. *de Judic.* II. Foriosi et DEMENTES, *l.* 20. §. 4. *qui test. fac. poss.* ubi a testamentis quidem arcentur, eed ratio est generalis, *cum non sit compos mentis*, et quia nullum negotium gerere idonei suot. §. *Furiosus* 8. *de inutil. stipul.* Quae ratio cum cesset in PRODIGIS, qui ingenio saepe non destituuntur, hi a testimonio penitus repeliendi non videbantor; sed luxurie et malitia meriti sunt, ut pro furiosis hac etiam parte habeantur. *l.* 18. *Qui testam. fac. arg. l.* 40. *de R. J. l.* 6. *de V. O. l.* 12. §. *ult. de Tut. et Curat. dat* D. Matthae *d. disp.* 9. *th.* 6. III. SURDI etiam *mutique simul*, omnino prohibentur, in §. *testes.* 6. *I. de Testam. ordin.* ubi de testementis quidem agitur; Sed in judiciis nihilo magis admitti possunt, quia nec interrogationes audire, neo responsa efferre possunt, quod est necessarium io *l.* 3. §. 1. *in fin. h. t.* Verum surdi, mutive tantum, sive seorsim ita affecti, magis est ut inter eos, qui secundum quid prohibentur, referendi videantur, ut *mox videbimus.*

IV. IMPUBERES penitus prohibentur, *d. l.* 3. §. *pen.* quo loco ex lege Julia de Vi prohibitio illa descendere dicitur: sed non est dubium, quin ubique valeat, *l.* 19. §. 1. *h. t.* eeo fallit regula in pubertate proximis, ut vult Bachov. *not. ad Wesenb. n.* 3. Refertur autem haec aetas ad tempus ferendi testimonii, non ad tempus rerum perceptarum: ideoque si puberes facti, de rebus, quae pubertati proximis obtigere, cum ratione adseverateque testentur, nihil est causae, cur iis credendum non eit, ut Dd. communiter, teste A. Matthaeo 9. *de Judic. n.* 10. Scilicet, ad fidem probationis faciendam, impuberes ipso jure prohibentur: sed ad praesumptionem colligendam audiri possunt, et audiontor, etiam in criminalibus, maxime si quid ipsis evenerit; quomodo duas puellas jussu Curiae commissarius ao. 1680. propterea quod foedo modo a quodam reo contrectatae indigneque habitae dicebantur, examinavi: quia tamen nibil quam illarum adseveratio extabat, ne quidem ad tormenta, homo neo alioqui malus, est condemnatus: ad quae tamen in atrocioribus delictis, ubi eliae praesumptiones suffragarentur, saepe valuerunt: quomodo Naute refert puerum octennem, eum de homicidio probando ageretur, fuisse examinatum, *d.* 10. *Jun.* 1675. at tum scilicet, absque juramento, quod aetas illa non capit. *l.* 34. §. 2. *de Jurejur.* V. Qui judicio publico DAMNATI, nec restituti suot. *d. l.* 3. § 5. VI. Qui se ad pugnam cum BESTIIS locaverunt. *ibid.* VII Ut et qui pecuniam testimonii dicendi causa vel non dicendi causa acceperit. VIII. Denique SCORTA publica, *l.* 3. §. 5. *h. t.* ubi legis quidem Juliae fit mentio, sed generalem esse prohibitionis intentionem, patet eb impuberis exemplo, et ex *l.* 14. *l.* 15. *pr. et l.* 18. *h. t.* Graecos in *basilicis lib.*

(b) *Pos.* 2. *et* 3.

† Testes penitus prohibiti, a Judice ne quidem citari debent: omni exceptione non majores, aut, qui inviti testimonium non dicunt, citati comparent, ex his posterioris generis testes suas in termino exceptiones proponant, aut si, se cogi non posse, satis constet, scripto sua jura ante terminum allegant, quibus parcendum esse, si in sententia postea pronunciatur, sumptus a se factos a producente omnino possunt repetere. *O. P. S. E. I. et E. Tit.* 22. §. 1. Caeterum, si testis responderet, aut responsurum productus admittere nolit, super exceptionibus ejusmodi judicis est arbitrium, cui si stare nolit testis, aut productus, observanda, quae accasione interrogatoriorum, *ib. Tit.* 20. §. 8. statuta. *d. Tit.* §. 2.

21. *tit.* 1. §. 4. ad legem Juliam haec restringere, scribit D. Matthaeus *d. disp. th.* 12. Atqui ita scribunt, *περὶ οὗ μαρτυροῦσι*, *de vi testimonium non dicunt* supra dicti; quibus nihil diversum dicunt a verbis Callistrati in *d. l.* 3. §. 5. *Lege Julia de vi cavetur etc.* Usum vero prohibitionis esse generalem, non magis illi negant, quam Callistratus, et Scholiastae Graeci ad *d. locum Basil.* diserte adfirmant. Iidem Scholiastae, ex Constitutione recentiore, scortis adduot LENONES *τοὺς μαστρωπίαν ποιοῦντας*, et merito. Idque ita servatur, Curiaeque nostrae visum est id quodam lenone et ejus uxore, in suburbio Leovardiensi, qui de rebus domi suae gestis erant deposituri, in causa *Henrici Conteri, contra H. de H. ante ferias natalit.* 1679.

IX. In *d. l.* 3. §. 5. damnatis judicio publico subjicitur, *Quive in* VINCULIS *custodiave publica erit.* Haec verba sic collocantur seorsim ac ita vulgo recensentur, quasi omnes in vinculis publicis detenti, ab omni testimonio excluderentur, ut nec audiri possent; quod non habet rationem, cum etiam ob aes alienum et modica delicta carcerum coloni fiant; enimvero ut talium rerum suspecti pro intestabilibus habeantur, iniquum foret. *l.* 1. *C. de His, qui infam* Videndum igitur, ne non aliter sit interpungendus hic locus, quam fit, hoc modo. *Quive impuberes erunt. Quive in judicio publico damnatus erit, qui eorum in integrum restitutus non erit, quive in vinculis, custodiave publica erit. Quive ad bestias etc.* Ut ita *τὰ in vinculis* a judiciis publicis dependeat. Vulgo autem haec verba, *quive in vinculis*, duobus punctis a prioribus distinguuntur, ut reliqui separatim et per se prohibiti; at in Basilicis cum judicio publico damnatis conjunguntur. Gothofredus autem ac *d. l.* 3. §. 5. etsi punctis separat hoc colon, non intelligit tamen vinculis addictos aliter a testimonio excludi, quam post damnationem, diserte contra textum, qui utroque et damnatos et carcere detentos exprimit.

X. Qui ob *carmen famosum* damnati sunt, etiam penitus a testimoniis arcentur. *l.* 21. *pr. h. t. l.* 5. §. 9. *de Injur.* XI. Pagani, * apostatae, id est, defectores a fide christiana, item insignes haeretici, *l.* 4. *l pen. C. de Haeret. et Manich.* Quinam vero tales, alibi videndum; utique moribus hodiernis haec res tam rigide non habetur. XII. Postremo, ad intestabilium ordinem liberi perduellium referuntur. *l. quisquis* 5. *C. ad L. Jul. Majest.* Quod etiam ut nimis rigidum, usu forensi non videtur prosequendum, ut nec caetera, quae in *d. l.* 5. liberis ob parentum crimen imputantur. XIII. Postremo, qui ob turpitudinem Senatu moti sunt, Lege Julia testimonium dicere prohibentur. *l.* 2. *de Senator.* Denique omnes, qui vel edicto vel lege sententiave judicis infamia sunt notati, inter absolute prohibitos esse habendos, sentiunt Dd. *communiter* eosque secutus. A. Matthaeus *d. disp.* 9. *th.* 13. sed capita legum ab iis adducta id minime probant; nec solemus exceptiones nominatim a legibus factas, ad dissimilia, sicut heic eveniret, extendere. Infra in probatione speciali *videbimus.*

CAUSÆ PROHIBITIONIS TESTIUM SPECIALES.

3. (c) Sequuntur igitur prohibitiones speciales eorum, qui certarum causarum hominumve respectu excluduntur, quales sunt primo LIBERTI, qui non poterant adversus patronos testari, *d. l.* 3. §. 5. *in pr. l.* 12. *C. h. t. l.* 10. §. 4. *de Quaestion.* propter inaestimabile beneficium libertatis, quod ab his acceperunt. *d. l.* 3. §. 5. Quae ratio facit, ut nec pro patronis adhiberi potuerint. A. Matth. *d. disp.* 9. *th.* 3. A libertis ad vasallos solent argumentari Doctores, Sichard. ad *l.* 12. *C. de Test. n.* 3. Wesenbec. *ad h. tit. num.* 3. parum justa analogia, quatenus liberti veteres multo arctius patronis, quam vasalli feudorum dominis erant obstricti. Fuisse ea de re quaestionem, indicant Gerardus et Obertus, sed desinunt in hoc, quod vasallum in criminalibus consistere posse negant, in civilibus concedant, de *Consuetud. recti Feud.* §. 2. Ad vasallus accedunt proxime SUBDITI respectu *Principum* suorum, quos in eorum causa non posse testes esse, statuunt Accursius, Donellus, aliique apud D. Matthaeum *n.* 18. qui tamen iis testimonii dictionem concedit, si jusjurandum subjectionis civibus remissum sit, quod etiam requirit. D. Wissenbach. ad *h. tit. n.* 31. Tu, nisi fallor, rectius dixeris, subjectos imperio non prohiberi esse testes, at non esse habendos omni exceptione majores, siquidem aliorum testium copia possit haberi. *arg. l.* 5. *C. de Test.* Sed remissio jurisjurandi subjectionis, nihil ad juris rationem pertinet: quia locum habet in iis, quae ad regimen Reipubl. spectant, non in patrimonialibus, nec cives ad veritatis tesseram ullo modo commutandam obligat. Obstat fidei talis testimonii, metus a

(o) *Pos.* 8.

* Ergo Judaei quoque, in causis judicialibus contra Christianos ad testimonium non admittuntur. *a. l.* 21. *C. de haeret. j.* Autor *infra pos.* 15. *h. t.* Sed secund. *Weichb. art. fin.* si duo Judaei cum teste Christiano concurrant, pro inhabilibus non sunt habendi. Carpz. *P.* 2. c. 16. *def.* 17. *n.* 5. Soli ergo etiam apud nos vix judici fidem facient. Schilt. *ad ff. Ex.* 35. *th.* 13. *sq.*

habeant majorem annis 20. eoque casu in rebus difficilis probationis plenam aliquando fidem merentur. Quomodo memoria mea octodecim annorum ancilla cum patrefamilias, plenam fecere fidem in atrocissima effractione aedium nocturna, quae commissa erat in pago *Eestrum* ante pentecosten 1680. idque non raro et alias usu venisse accepimus, etsi in universum tamen non sit recedendum a definitione juris civilis. A. Matt. *de Crimin. lib.* 48. *tit.* 15. *cap.* 2. *n.* 2. *et* 11. Ultimo loco Judaei et haeretici non improbissimi, contra orthodoxos produci nequeunt. *l. pen. C. de Haeret.* Paganis et improbioribus haereticis omnino prohibendis, ut antea dictum est. At haec res hodiernis moribus non videtur observari; certe non ubi libertas religionum viget. Sacrificulos tamen Jesuitas aliosque prohibitarum religionum antistites, cum non habeant personam in civitate, testes produci non posse, omnino statuendum est (1)

6. (e) Latius quam priores, patet positio specialis prohibitionis, qua nemo in re sua suorumque testis esse posse dicitur. *l.* 10. *D. et l.* 10. *C. h. t.* Propriam causam ab aliena quemadmodum discernimus? Et palam est, eam esse propriam causam, cujus emolumentum vel damnum ad aliquem in totum vel pro parte, suo nomine pertinet, *l.* 1. §. 11. *D. Quand. appell. sit.* exceptis legatariis in testamento, ut *suo loco* demonstratum est. Ergo non tantum dominus, vel cui directo jus in re vel ad rem est, intelligitur, sed etiam venditor in causa emptoris, cedens in causa cessionarii, et quicunque reum indemnem praestare debent *l.* 4. §. 3. *de Appellat.* Etsi id nondum constet, si tamen reus id prae se ferat, non potest eumdem producere testem, ut Curiae nostrae visum est in tali causa. Reus ab alio conventus Sempronium vocaverat, ut se praestaret indemnem, quasi ad hoc obligatum; antequam id esset judicatum, volebat eumdem producere testem; sed non est admissus, in causa *Dries P. R. in Q.* q. contra *Andries Douwes cum sociis. d.* 16. *Mart.* 1680. Sed causa criminis, de qua judicio publico disceptatur, non videtur ejus, qui per illud crimen est laesus, propria: Quoniam agitur ad poenam corporis, vel mulctam Fisco applicandam, ea tota est Reipubl. causa. Idcirco in criminalibus procuratori generali non negantur ejusmodi testes; accedente hac ratione, quod alioqui vix ulla crimina probari atque puniri possent. Si tamen hi, qui laesi sunt, ex eventu judicii emolumentum expectant, velut, si judicium civile pro ipsis super eadem causa vertatur, videndum est, ne testimonium eorum non sit admittendum; qua de re actum in alia causa. Vir quidem spectatus curru vectus in aggere maritimo, puellae, quam praetervehebatur, per lasciviam flagellum instar laquei collo circumjecerat, eamque per aliquod spatium, pendentem protraxerat, quo nomine a Procuratore Generali et a puella injuriarum simul conveniebatur. Producta testis ab illo, puella, non est admissa, quae admittenda fuisset, si pecuniarium ejus commodum inde non pependisset ὑμῖν. 6. *Decembr.* 1680. Pro testimonio in causa propria sumitur, etiam declaratio mulieris innuptae et impraegnatae vel parientis, quod e tali vel tali sit impleta, ut probat Sandius *lib.* 1. *tit.* 10. *def.* 2. Quae tamen positio recipit hanc limitationem; nisi manifestum sit, mulieris declarationem non pertinere ad ullum ejus commodum, sed potius ad aggravandam ejus conditionem. Velut si virgo vel vidua locuples; impraegnatam se fateatur e Viro uxorato; cum illa confessio neque lucri nec matrimonii conciliandi gratia fiat, eam non parum habere ponderis, nec ut in re sua editam, esse rejiciendam, vult ratio et usus exemplis non deficientibus.

7. Neque tantum in causa plane sua, sed etiam *ex parte propria*, testes aeque prohibentur, quando scilicet de re communi agitur eodemque defensionis genere uterque in judicio utitur, per *l.* 1. *C. de Comm. rer alien. l.* 10. §. *ult. de Appell. et Dd. comm.* A. Matth. *d. disp.* 0. *th.* 21. Idem ad socios criminis extenditur in *l.* 11. *C. h. t.* tam pro, quam contra reum, *l. ult. C. de Accusat.* Etsi Dd. excipiant aliquot criminum species atrociorum, et quae nec sine sociis facile, nec cum aliis arbitris committuntur, de quibus Mornacius et Bruonemannus ad *d. l.* 11. At verius est, eos quidem interrogari, minime tamen habere vim testimonii legitimam. A. Matth. *de Crimin. l.* 48. *D. tit.* 15. c. 2. *n.* 4. Huc potest referri quaestio vulgata de causa universitatis, an singula universitatis membra ejus participia censeantur, adeoque, si universitati cum alia universitate, vel privato, lis sit, an singularum membra, testes in *sua* causa aestimentur. Minime, nisi utilitas inde privatim ad testes redundet, per *l.* 6. §. 1. *in pr. de Rer. div. l.* 7. §. 1. *ff. Quod cujusque univ.* Mornac. et Costal. *ad d. l.* 6.

(e) *Pos.* 5.

(1) *Non video quomodo cum hac tantopere decantata religionis libertate, subsistere possit avitae religionis prohibitio, quam eo usque extendendam putat Auctor, ut Sacerdotes (quos per derisum Sacrificulos vocat) testes produci non posse statuat. Apud nos certe non facile rejicerentur testimonia illorum, quos Auctor verbi divini ministros vocat, modo aliunde nihil iis objici posset.*

8. (f) Porro non tantum in causa patrimonialiter propria, sed etiam affactu tali, quam nostram aliquo modo fecimus patrocinando, * odministrando, testibus esse non licet. *Mandatis enim cavetur*, *ne* patroni in causs, *cui patrocinium praestiterunt, testimonium dicant. l. ult. h. t.* idque propter affectum, quo ferri soleot erga causas, quibus advocationem vel sliud in judicio mioisterium praestiterunt; sd aliss enim causas haec prohibitio non pertinet. Sand. 1. t0. 4. *l.* 18. §. 1. *de jur. fisc.* Sed quod sdditur *in d. l. ult.* Idem *et in* executoribus *negotiorum esse servandum*, habet difficultatem. Etenim si per executores negotiorum intelligantur, qui in *l.* 13. §. *et si quidem* 3. *et l. ult. C de Judiciis.* et in *l. ult. C. de Princ. agent. in reb.* dicuntur a judicibus dari ad exsequendas seotentias, quemadmodum lexicogrsphi, interque eos Brissooius, pro intellectu *d. l. ult.* traduot; mirari liceat, hos excludi a testimonio, qui maximam fidem de his, quae in officio publico gessere, merebantur. Quae res Vivianum et Johannem glossatores movit, ut in *d. l. ult.* putaverint intelligeodos procuratores, syndicos et actores, qui a partibus ad *exequendas*, id est, ad finem perducendas. lites dantur : quod et Mornacius, notato in contrarium Hotomanno, statuit, probaos hanc significationem ex *l. properandum*. 13. §. *illo procul dubio.* 9. *C. de Judic.* ubi advocatorum honoraria dicuntur a clientibus exigi, per executores negotiorum, qui certe potius ad illum finem fuerint publici executores, ut semper alias nomioantur, quam privatorum res agentes. Plana quod ad rem attioet, Mornacius et glossa vicerint, quos et Gothofredus *ad d. l. ult.* sequitur: etsi de verbi usu juridico probatione laboreot. Proxenetae, pararii, et arbitratores (non arbitri) qui contractibus et transactionibus conciliandis utrinque adhibentur, a testimonio non arcentur, quia talibus maxime in probationibus utimur. Gail. 10. *obs.* 15. Caeterum, etsi verba legis generalia siot, ne *patroni vel exsecutores in causa, cui patrocinium praestiterunt testimonium dicant*, res tamen et ratio vult, id de testimonio pro ipsius cliente dicendo, non etiam contra eumdem, esse accipieodum: quominus enim contra suum clientem ab adversario productus, si velit, admittatur, nihil quod prohibeat esse videtur, ut Costalius et Mornacius *ad d. l. ult.* etsi Catonis dictum sit; *Adversus clientem suum nemo unquam bonus testimonium dixit.* apud Gell. *lib.* 5. *c.* 13. An invitus ad testimonium contra suum clientem cogendus sit, inferius videndum erit.

9. Heic de judice quarendum superest, an is in causa, de qua priore instautia judicavit, in casu appellationis (quippe dum est judex, eum testis officio non posse fungi, res loquitur, *c. dilecto. X. de Testib.*) testimonium dicere possit. Non videtur; verendum enim est, ne plus in eam partem, pro qua sententiam dixit, quam in alteram propendeat. De his vero, quae coram ipso acta sunt, quaeque ad ordinem *processus* pertineot, recte interrogatur, ut Costalius *ad d. l. ult.* atque ita judicatum est in Curia nostra, cum nonnulli e judicibus Franekeraois vocati essent ad testimonium, in causa prius a se decisa perhibendum; ut admitterentur quidem in his, quae ad acta processus, non in iis, quae ad merita causae spectabant: etsi in nostris inferioribus dicasteriis ratio affectus ad causae judicium minus valide obstet, quia non sua, sed juris consultorum sententia res judicant; Curia tamen non recessit ab hac observantia, in causa *Harmen Doedes Requirant en opposeerde*, contra *Baetie Dirks Requireerde en opposante. d.* 9. *Julii* 1580. Idem in arbitriis obtinere, docet analogia, quae in arbitriis ad judicia exigitur. *l.* 1. *de Recept. qui arbitr.* Unde ad declarandum laudum sive senteotiam compromissoriam, arbiter ipse testis citari, nec recusari potest, etsi deinde fuerit advocatus alterius partis, ut Curia nostra censuit, in causa *Petri Velsen ab Heixan, Requir.* contra *Sixtum Wiersma* in *qual* Requis. *Ante magnas ferias* 1681.

10. (g) Diximus, prohiberi quemque testem esse non modo in sua, verum quoque in *suorum* causa; quippe domesticos prohiberi testes, satis constat *l.* 3. *C. h. t.* An vero ita, quemadmodum in testamento, accipiantur pro conjunctis ejusdem potestatis vinculo, ut in §. 9. *Inst. de Testam. ordin.* quaeritur. Affirmat D. Matthaeus *d. disp.* 9. *th.* 25. Negatum a nobis est *ad d. tit.* 10. *n.* 15. *Part. I. pag.* 189. et res ac juris ratio non minus quam textus loquuntur. Nam pater in testamento filii emancipati, potest esse testis, *d.* §. 9. *I. de test. ordin.* in causa judiciali nullo modo. *l.* 9. *de Testib. l.* 6. *C. eod* Non placet etiam Duarenus, qui *lib.* 1. *disput. annivers.* c. 28. *h.* domesticos ait esse testes, quicunque sunt ejusdem gentis, familiae et agnationis, quem

(f) *Pos.* 9. *et* 10. (g) *Pos.* 6. *et* 7.

* Hinc nec curator mulieris pro curanda sua testis erit idoneus Carpz. *P.* 1. *Cap.* 16. *def.* 17. quod limitat idem, nisi ad eam litem alius curator datus sit, *l.* 3. *Resp.* 91. *n.* 12. sed ne sic quidem eum testem omni exceptione majorem videri, monitum a Mencken. in *Tr. Synopt. ff. tit. de testib. p.* 330.

hoc nomine merito reprehendit Matthaeus *d. th.* 25. Quid vetat mediam eligere sententiam, voci *domus* convenientem? Paulus ita; *Testes eos, quos accusator de domo produxerit, interrogari non placet. l.* 24. *h.* De domo autem producuntur omnes qui sub patrisfamilias imperio sunt, *quibus imperari potest, l.* 6. *h.* Familia proprie dicta continetur domo; unde Graeci familiam vocant οἶκον, id est *domum*: in hac autem sunt plures personae sub unius imperio natura, aut jure societatis. *l.* 195. §. 2. *de V. S.* Natura, ut liberi atque parentes, quorum usque adeo stricta conjunctio est, ut nunquam, licet emancipati et seorsim habitantes, in causa parentum testes adhiberi queant. *d. l.* 9. *et l.* 6. Personae jure societatis sunt, non modo servi respectu dominorum; sed etiam vir et uxor, quos in suis litibus invicem testari non posse, nulla dubitatio est. *arg. d. d. l.* 195. §. 1. *l.* 24. *de Rit. Nupt. l.* 1. *de Act. rer. amot.* ac ita *Dd. Comm.* A. Matth. *disp.* 9. *th.* 26. De servis autem dictum est, eos plane a testimoniis arceri. Contra dominum vero specialiter omnique modo prohibentur, *l.* 8. *C. h. t.* exceptis atrocioribus delictis, in quibus aliquando contra dominos torqueri poterunt, *l.* 1. §. 16. *et l.* 18. §. 8. *de Quaestion.*

11. De famulis mercede conductis, idem tradit D. Matthaeus *d. disp.* 9. *th.* 26. laudato inter alios Harmenopulo *lib.* 1. *Tit.* 6. §. ὁ μισθωτὸς, *mercenarius.* Ait Harmenopolus; Ὁ μισθωτὸς εἰς μαρτυρίαν ἐρχὸ λεγας τοῦ μισθωσαμένου ἀπεβλήθη. *Mercenarius ad testimonium ab eo, qui conduxit illum, productus, rejectus est*; loqui videtur de conducto ad testimonium, non ad famulitium. Verum est, conductos famulos domo contineri; sed intelligenda sunt membra domus perpetua; ne quis omnes, qui ad unum panem et ad unum calicem vivunt, comprehendi putet, ut volunt aliqui *Dd.* merito *communiter* improbati. Argumentum ex *l.* 6. *h. t.* non posse testes esse, quibus imperari potest ut testentur, forte locum habeat apud gentes, in quibus famuli conducti pene tam adducte quam servi habeantur; apud nos, cum arbitraria libertate, nec nisi ad tempus agant, haec ratio non concludit, ut potius inter eos, qui refutentur, quam qui prohibeantur, habendi sint. Sic etiam qui colonos in causa dominorum fundi, personis prohibitis adjiciunt, ut Wesenb. *parat. de Test. n.* 4. recte habent, ubi *adscriptitii* sunt coloni, homines proprii, quos servilis esse conditionis, *alibi* dictum est, ad ingenuos agrorum conductores, ratio nulla patitur illud extendi. Atque haec in usu Fori non habent difficultatem. Maynard. 4. *Decis.* 95.

Sed ad domesticos redeamus. Fratres atque sorores, quamdiu in eadem domo continentur, merito pro domesticis habentur, nec admitti debent, etsi forte sint emancipati, ut recte Sichard. ad *l.* 6. *C. h. t.* Duaren. *disp. anniv. c.* 28. sed domibus separati fratres atque sorores, domestici esse desinunt; amicitiae causa suspectum, non prohibitum est eorum testimonium, ut communiorem esse sententiam, tradit Costal. *ad l.* 4. *h. t.* Ac ita in Foro nostro saepe judicatum est, olim in *causa Jacobi ab Adoelen*, contra *Dominicum ab Hottinga, d.* 18. *Febr.* 1635. Rursus *inter Sitium Nollema, et inter Creditores Æodko Hienks Popta. d.* 2. *Febr.* 1680. Alias in causa matrimoniali, cum virgo peteret virum, fidemque sibi datam per tres probaret sorores, patriae quidem potestati non subjectas, sed una cohabitantes domo, Curia non censuit admittendas fuisse, nisi ipse reus in priori instantia apud inferiorem judicem, illas admisisset, secundum *l.* 17. *C. h. t.* in causa *Johannae Heslinga Appellatae et Requirentis, contra Contradum Dose Med. Doctorem. Appellantem et opponentem. d.* 29. *Jun.* 1680. Atque ita in civilibus, In criminalibus fratres sororesque difficilius aut prorsus non admittuntur, ut Dd. *comm.* et Costal. *ad d. l.* 4. nequidem contra, multo minus pro fratribus atque sororibus. *l.* 13. *C. de his, qui accus. non poss.*

12. Postremo ad hunc locum referri potest, quod amicitia testimonium quidem reddere suspectum, prohibere penitus non solet. *d.* 3. *pr. h. l.* 5. *et* 17. *C. h. t.* Inimicitia si capitalis sit, ut ad criminis accusationem usque procedat, abscisse prohibet testem, sicut eadem prohibitio stat, si quis in causa criminali producatur testis, qui ante in eum reum testimonium dixit, *l.* 23. *h. t.* alioquin inimicitia causam refutandi dumtaxat praebet, *Nov* 90. *cap.* 7. ubi Cujacius. Denique, de his plerisque prohibitionum causis, haec limitatio prodita est, ut testes domestici aut inhabiles quandoque admoveantur, si genus causarum sit hujusmodi, ut veritas ab aliis, quam ab hujusmodi personis, haberi non possit, qualem ait Costalius *ad d. l.* 4 esse causam matrimonialem, respectu domesticorum, quod equidem caute accipiendum. Si enim agatur de matrimonio contrahendo, nusquam calidiores in alteram partem sunt propinqui, minimeque tantum fidei quantum extranei, quorum nihil interest, merentur, ut Curiae nostrae quoque in praedicta causa, et alias in similibus visum. Sed ubi de plagis mulieri a viro inflictis, deque ejus commessationibus, concubinatibus, aut mulieris contumacia, jurgiis domesticave luxuria, vel de insidiis mutuis quaeritur, de quibus rebus nemini facilius, quam

domesticis constiterit, in hujusmodi rebus eorum testimonia non negliguntur. *l.* 8. §. 6. *sub fin. C. de Repud. l. ult. C. ad L. Cornel. de Sicar.* Potuisset ad hunc locum generalem referri, quae ab initio posita est, prohibitio libertorum, *n.* 3. nec intercedo, quominus inde, si cui lubet, huc πρὸς κοινὸν transferatur.

DE CAUSIS REPROBANDI TESTES.

13. Vidimus, quae personae penitus prohibeantur. Addendum, quinam admissi hactenus refutentur, ut ne plenam mereantur fidem. Hi primo sunt, personae prohibitae *supra*, quando in exquisitis magni momenti causis, quarum notitia per alios haberi non potest, admittuntur, ut probat communis Dd. Schola ex *l.* 7. *D. Ad Jul. Maj. l.* 4. *C. eod. l.* 31. *C. de Episc. et Cler. l. quoniam. pen. in fin. C de Haeret. et Manich. l.* 12. *et seqq. C. de Quaest. l.* 8. 9. *et* 10. §. 1. *D. eod. l.* 21. §. 2. *h. t.* Non probari positionem illam firmiter, aut in universum, ex adductis textibus, existimat D. Matthaeus in *d. disp. th.* 31. non omnino tamen esse damnandam, statuit idem de *Crimin. l.* 48. *tit.* 15. *c.* 2. *n.* 11. Admittuntur equidem, sed absque plena fide, si per se consistant, neque per alios contestes validasque praesumptiones adjuventur. Igitur juxta hoc requisitum, ne tales vocentur, nisi deficientibus aliis probationibus, addendum omnino, ne aliter ipsis credatur, quam adsit contestis omni exceptione major, aliaeque deinde praesumptiones efficaces illius testimonium confirment. Vid. Mornac. *in l.* 3. Hotom. *l.* 2. *C. h. t.* et Wesenbec. *Par. h. n.* 3.

Praeterea, ad hunc ordinem referendi videntur *Infames*, qui non habentur in prohibitione abscissa, *l.* 3. §. 5. *h. t.* cum, quod exceptiones ejus loci contrarium supponunt in casibus non exceptis; tum, quia ad judicis officium spectare dicitur, perpendere testimonii, quod tales perhibeant; fidem. *l.* 13. *h. t.* Doctores antiqui omnes juris infamia notatos, absolute prohiberi censent, quos sequitur A. Matthaeus, ut *supra* jam meminimus. Sed argumenta legum, quibus utitur, id nihilomagis evincunt, quam ratio. Nec *lex.* 1. §. 1. *h. t.* quae testes adhibendos ait, qui non prohibentur. Non *lex.* 2. quae in testibus fidem, dignitatem, mores spectari monet; quod ipsum praefert nostra thesis. *Lex.* 13. a nobis adducta est. Nec adeo quidquam in eam partem validi profertur. Quid enim alienius, quam ut damnati injuriarum, pro socio, mandative, aut ob aliquem dolum, vel qui foenoris excessum commiserint, ab omni testimonio penitus arceantur? Recte igitur alii, posse tales audiri, sed videndum esse judici, quid fidei mereantur. Donell. *lib.* 25. *Comm. Cap.* 1. *de Testib.* Duar. 2. *disp. anniv. et ad tit. C. de Test. c.* 1. Wissenb. *ad h. t. num.* 13. Nec obstat, quod infamia facti, ut loquuntur, notatos, ejusdem generis esse volunt Dd. ususque fori, ut audiendi sint, etsi minore fidei effectu pro judicis arbitrio, ut idem A. Matthaeus auctoresque laudati testantur; nec enim inde sequitur, infames juris omnes absolute arcendos. Cum indefinita latitudo sit admissionis officiique judicis in examinanda fide, dignitate, gravitate testium, nihil vetat utriusque generis infames, legibus non exceptos, audiri, et suis quemque meritis aestimari, *l.* 2. *h. t.* (b) Viles personae sordidaeque χαμαιπετεῖς καὶ ἐπιδιφρίους, *abjectos et humi repentes*, quos vocat Justinianus in *Nov.* 90. *c.* 1. illic prohiberi videntur, in urbe regia, scil. ubi copia testium honestiorum haberi potest. Sic enim omnes hujus classis homines inter prohibitos collocari possunt, si non desint alii fide digniores, ut *dicere occupavimus.* A. Matth. *ibid. n.* 24. *de Crimin. tit.* 15. *c.* 2. *n.* 10. Wissenb. *d. n.* 3.

De Judaeis et haereticis dictum est *superius*, illos prohiberi adversus orthodoxos, nec id tamen usquequaque servari; posse tamen inter reprobationis argumenta referri hodieque, quod testis aliquis sit haereticus, dicendum videtur; utique, si religionis odio praecellat, quales adversus reformatos pontificii et rigidiores lutherani: (1) ut tamen ea res magis a singulorum moribus, quam universa definitione pendeat; etiam vero ex genere causarum, si a studio partium non sint remotae. Denique cognatos et omnes adfines, qui non abscisse prohibentur, reprobationi tamen, hoc est diminuendae fidei argumento, obnoxios haberi, juxta famulos, nutrices, paedagogos, et amicos, dubium non est; lateque admodum patet hujus rei consideratio, ut docet JCtus *in l.* 3. *pr. h. t.* Paul. 5. *sent.* 15.

(b) *Pos.* 11.

(1) *Qui Religionis causa proximum odio haberet, in legem Charitatis impingeret: non enim odio, sed potius commiseratione digni sunt, qui cultum perversum sequuntur. Quod si Pontificius odio tam caeco praecelleret, facile largior ejus testimonium ex causa inimicitiae reprobari posse: et eadem quoque ratione reprobari posset rigidioris Calvinistae testimonium adversus Pontificium, si et ille religionis odio praecelleret.*

DE HIS, QUI INVITI NON DICUNT TESTIMONIUM.

14. (i) Testimonii perhibendi publicum est officium, ad quod etiam *inviti* compelluntur, * *l.* 21. §. 1. *h. t. l.* 16. *et* 19. *C. h. t.* etiam praetores aliique magistratus, *d.* §. 1. non tamen Illustres, nisi jussione sacra, *d. l.* 16. exceptis etiam personis proxima necessitudine conjunctis, quales praeter parentes, fratres, atque patronos, sunt etiam soceri, generi, vitrici, privigni, statim a sponsalibus contractis, sobrino nati utriusque sexus, et *qui priore gradu sunt. l.* 4. *et* 5. *h. t.* Ad ulteriores igitur gradus haec legalis exceptio producenda non est, ut velle videntur Graeci, nisi alium computandi modum sequantur. Scholiastae Βασιλικῶν *ad d. l.* 4. Καὶ ἁπλῶς, οὐκ ἀναγκάζεταί τις ἄκων μαρτυρεῖν κατά τινας ἐνδοτέρω ὄντων τοῦ ζ βαθμοῦ. *Plane, non cogitur quis invitus testimonium dicere adversus eum, qui infra septimum gradum sit.* Atqui ultimus gradus apud Paulum est, *sobrino natus*, quem esse in quinto gradu, notum est. Forte an error est in *numero* literula expresso, facili ad lapsum; ut scriptum fuerit in Greco ε, quod notat 5. idque longius produatum fallere potest pro ζ, quae est nota 7 Quidquid sit, error non praejudicat veritati. Ultra quintum igitur gradum, non extenditur haec facultas evitandi necessitatem dicendi testimonii.

15. Sed quaeritur, utrum criminalibus sit propria causis, an vero ad civiles quoque pertineat haec remissio; Basilici de criminalibus tantum accipiunt, *lib.* 21. *tit.* 1. *ad d. l.* 4. Ἄκων οὐδεὶς μαρτυρεῖ ἐπὶ ἐγκληματικῷ δικαστηρίῳ κατὰ τοῦ ἰδίου πενθεροῦ. *Invitus nemo testatur in judicio criminali contra socerum* etc. Verum Scholiastae Graeci ad Basilica, sumunt generaliter, ut et Latini interpretes, post Accursium *in d. l.* 4. Donellus *d. loc. de Test. c.* 9. Duar. *ad h. t. C. cap.* 2. Wissenb. *par. h. n.* 3. A. Matth. *d. disp. th.* 33. Pro criminalibus argumentum est, quod in *d. l.* 4. privilegium illud propinquitatis, ex lege Julia publicorum judiciorum proficisci dicitur, *in d. l.* 4. Verum ut prohibitiones dicendi testimonii, in *l.* 3. §. 5. ex lege Julia nominatim profectae generaliter intelliguntur, eodem modo de his casibus aestimandum videtur; et si non est diffitendum, rationem utilitatis publicae a sententia Graecorum non abhorrere. Quid enim incommodi non est in eo, quod ad quintum usque gradum propinquos ad fidem veritati praestandam cogere non licet? Nec temere fit, quod cum hac de re in Suprema Curia occasione causse criminalis ageretur, viros amplissimos jurisque dicendi veteres audivi adfirmantes, ante hac Senatui visum esse, privilegium illud ad accusationes criminum esse restringendum, citabantque rei judicatae exemplum de anno 1653. In Senatu tamen Parisiensi judicatum esse, adfinem uxoris fratrem, non teneri invitum dicere testimonium, in causa levi injuriarum contra adfinem, 20. *Jul.* 1582. testatur Robertus *lib.* 2. *Rer. judicat. C. ult. in marg. An causae delictorum civiles hac parte criminalibus aequiparandae?*

16. Quaesitum est, an adfinitate soluta, duraret adhuc idem privilegium, quod Curiae nostrae visum fuit, in privigno, qui contra novercam in causa criminali, a procuratore generali citatus erat, cum adfinitatis causa secundis nuptiis pridem mutata fuisset. Excusatus est tamen; cum enim ante nuptias ex solis sponsalibus, reverentia futurae adfinitatis privilegium illud tribuat, *l.* 5. *h. t.* quidni vetus reverentia in eumdem effectum maneat? Verum ad secundum genus adfinitatis non fuit extensum privilegium, quo uxor privigni similiter uti volebat, ne contra novercam mariti testari cogeretur. *d.* 19. *Decemb.* 1680. At hoc eodem tempore placuit, testem citatum et excusantem se, non cogi litem ea causa subire; sufficere, si reus producenti se opponat, atque contendat, excusationem testis in judicio propositam esse admittendam, ejusdem productionem accusatori negandam: ne testis in re aliena se liti implicare cogatur, *in causa Procuratoris Generalis*, contra *Elisabetham Indischeraven*, *tempore praedicto.*

17. (k) Saepe movetur, adhuc a nobis dilata quaestio de advocato, an contra suum clientem productus testis, fari cogatur. Ratio dubitandi, quia contra patronum nemo testari cogitur, *d. l.* 4. inter ipsum vero et clientem, patrocinii necessitudo esse videtur, cui accedit modo citatum Catonis dictum; *Pro cliente saepe contra cognatos, adversus clientem nemo unquam bonus testimonium dixit.* apud Gell. 5. *c.* 15. Senatus quidem Parisiensis, advocatum ad dicendum contra suum clientem testimonium

(I) *Pos.* 13. (k) *Pos.* 14.

* De poena testium contumacium, † vide *O. P. S. Tit.* 22. ex quo apparet, eos coerceri mulcta 10. florenorum, inter magistratum et producentem dividenda, quae, si testes in contumacia perseverarint, duplicari poterit. *d. Tit.* conf. Suendend. *ad Fibig. p.* 1445. Extra autem Electoratum, poena est arbitraria et mulcta, si qua dictetur, ad solum magistratum pertinet. j. Carpz. *P.* 1. *C. El.* 16. *def.* 47.

† Testes omnem absque discrimine prima vice sub 5. thalerorum poena citandi, quae et exigendi et in ulteriori citatione nunquam non geminanda est. *O. P. S. E. I.* at *E. Tit.* 28. §. 2.

simpliciter cogi posse, judicavit, apud Rubertum *lib.* 2. *Rer. judicat. c. ult.* Curiae nostrae scio ante aliquot annos placuisse distinctionem inter advocatum adhuc actu patrocinantem, ac patrocinio defunctum, ut priore casu excusetur, altero cogatur. Agebatur de secreto caussae, quod *Foppius Tania* advocatus, o eliente suo solus intellexisse dicebatur; eum Curia tum quidem excusavit; dein cliente mortuo, cum ipse haeredibus amplius operam non daret, denuo productus ab adversario; cum res judicata opponeretur, ea, tanquam mutata causa, insuper habita, condemnatus est ad copiam veri faciendam. Convenit hoc ei, quod Argentraeus *ad Consuet. Britann. art.* 157. *gl.* 2. monet, non esse cogendum advocatum ita dicere testimonium, ut arcana caussae prodantur. Alii ne hoc quidem admittunt, sed advocatum nihilominus cogendum censent: quod ita verum esse queat, si a testimonio advocati tota causa pendeat. Nec enim permittendum, ut reus alterum e consciis eligendo advocatum, eludat probationem, quomodo apud Quintilianum accusatur queritur: *Nihil de advocatione dico, Testem perdidi. Sic proditores corrumpuntur! Declam.* 334. In illa vero causa apud Curiam nostram, de facto quidem secreto, et quod argumentum praebebat non sperandum, agebatur, non pertinente tamen ad summam causae, de quali forte secus judicandum foret.

DE NUMERO ET QUALITATE TESTIUM.

18. (I) De numero testium nihil certi in universum est proditum: nisi quod unus non sit audiendus, ut *supra* dictum ex *l.* 9. *C. de Test. l.* 20. *de Quaestion.* Duo regulariter sufficiunt, ubicunque testium mentio fit simpliciter, quia numerum pluralem apud Latinos, qui *duali* carent, duobus esse contentum novimus. *l.* 12. *h.* Sic tamen ut lex, veluti in testamentis, aut judex, justa ex causa plures requirere possint. *l.* 1. §. *ult. et l.* 3. §. 2. ubi *numerus testium*, *h. t.* Neo quidem in tantum ex ratione juris valet unus testis, ut juramentum suppletionis actori deferatur; qua de re tamen videnda, quae diximus ad *tit. de Jurejur. n.* 13. *Parte II. pag.* 393. atque *ad tit. de Probat. n.* 2. Excipitur recte casus, si convenerit inter partes, ut unius testimonio stetur, in causis quidem civilibus, non aeque in criminalibus. *arg. l.* 26. *de Re Jud. c. tuis. X de Testib.* Mynsing. 5. *obs.* 26. *n.* 3. *et seqq.* A. Matth. *d. disp. th.* 34. Wissenb. ad *h. t. th.* 32. Ad articulum unius testis referuntur etiam testes singulares, qui de aliis aliisque locis et temporibus deponunt, circa unum eundemque actum; quales contra Susannam testes a Daniele seorsim examinati. Sed Doctores habent varias limitationes de quibus vide Gailium *lib.* 2. *obs.* 66. *n.* 11. 12. Mynsing. *cent.* 2. *observ.* 20. *et obs.* 100. *n.* 6. 7. Inter limitationes haec est; ut si factum aliquod in genere probandum sit, tum singulares testes admittantur; veluti si probandum sit, aliquem esse infamem vel haereticum. Alii contrarium tenent, ut Mynsingerus refert *cent.* 3. *obs.* 76. qui istas opiniones conciliat, nescio an satis tuto Forsitan heic locum habet monitum Hadriani in *l.* 3. §. 2. *h. Quae argumenta ad quem modum cuique rei sufficiant, nullo certo modo satis definiri potest... nec ad unam probationis speciem cognitio statim alligari debet etc. Ex sententia animi aestimare oportet. etc.* Certe ut aliquis pro haeretico vel infami habeatur, id a testibus suspendere singularibus, potest esse periculosum, ut, inquam, e pluribus factis per singulos testes probatis conclusio generalis colligatur: fieri tamen potest, ut testes ita conspirent ad eundem finem idemque genus delicti, ut ratio dubitandi nulla sit, quin reus certi criminis sit convictus. Exemplum. Quidam *Antonius de By*, Leuvardae multas mulieres obvias impudice contrectaverat in plateis, in aedibus vim quibusdam facere conatus erat, omnia noctu, idque diu continuaverat magno cum terrore mollioris sexus. Testes omnes de eo, quod sibi seorsim evenerat, deponebant; Curia tamen non dubitavit, eas esse conjungendas rerumque pro convicto habendum, *d.* 21. *Mart.* 1645. Aliud; *Christianus Siambourg* tributorum collector, accusatus extorsisse tributa hominibus, qui non debebant, quibusdam reddidisse, aliis secus, pro convicto, me referente, est habitus, etsi de pluribus et singulis concussionibus nonnisi testes essent singulares, ante *ferias Caniculares* 1680. Alius haud multo, post residuorum accusatus, quod vehiculis praefectus in castris, longe majorem pecuniae summam a Republ. quam illis impenderat, accepisset, nonnisi per singulos aurigas de eo, quod sibi evenerat, deponentibus, est convictus et condemnatus. *Omnibus* scilicet *in unum rei finem conspirantibus et concordantibus*, ut est in *l.* 16. *C. de Poen.*

19. Quamvis autem quod plures ajunt, plus fidei mereatur, quam quod pauci, non semper tamen numerus testium vincit, aliquando *dignitas* et *auctoritas* pluris est quam numerus. *d. l.* 3. §. 2. *h. Non oportet respici ad moltitudinem, sed ad sinceram testimoniorum fidem, et testimonia, quibus potius lux*

(I. *Pos.* 15. *et* 16.

veritatis adsistit. l. 21. §. 3. *h.* Inprimis advertendum, si res non simplici perceptione, sed rationabili constet, quis meliorem scientiae causam reddere possit. Exemplum satis notabile accidit apud Curiam hujusmodi. Magistratus *Worcumanus* conveniebat artificem rei metallariae, cujus culpa majorem campanam urbis suae ruptam arguebant, ex eo, quod malleum ictus pendulum nimis ponderosum fecisset; in quam rem quatuor habebant testes, e quibus tres erant artificem ejusdem professionis, qui adfirmabant, campanam prae nimio pondere mallei esse ruptam. Rogati causam scientiae, respondebant; ita sibi videri. Reus alios producebat testes duos ejusdem artis peritos, qui campanam ea causa non fuisse ruptam adfirmabant, et causam scientiae hanc reddebant: campanam *talis* diametri esse *tanti* ponderis; mallei pondus non esse nimium, si non excederet proportionem trium et semissis a centum totius campanae: hunc autem malleum consistere cis et intra illam proportionem, ratione ponderis ejus ex diametro collecti: quanquam Worcumani campanam pendi, ac ita pondus ejus exacte colligi non permiserant. Reus etiam, etsi non plene probabat, se monuisse Worcumanos, ne tam valide campanam quaterent, atque ut situm ejus, quia tritis erat lateribus ea parte, qua tum pulsabatur, mutarent; reus absolutus non tam his adjutoriis, quam duorum fide testium adversus quatuor consentientium. *Nicolaus Joh. Adama cum soc. in qual.* contra *Wilhelmum Sprakel ante ferias Natal.* 1680.

20. Huc etiam pertinet, quod testes oculati praeferuntur auritis, etsi de auditu testes ideo non sint rejiciendi, utique si ipsi audiverint, potius quam si ex aliis se audisse narrent: neque tamen ejusmodi adsertiones in rebus antiquis et publicis semper contemnendae sunt. *l.* 28. *de Probat. l.* 2. §. 8. *de Aqu. pluv. arc.* Quod si quis ipse audiverit rem solo auditu constantem, nihilo minoris est fidei quam qui vidit rem solo visu percipi aptam: Etsi in comparatione, quanto quisque viderit accuratius, tanto certior habendus est testis, ut tamen gradus non variet speciem. Exempli gratia. Effractio, rapina et vis publica noctu, atrocissima in agro commissa fuerat. Duo testes erant. Famula domus se ex duobus fratribus primum vidisse ac in faciem intuitum esse, clareque cognovisse testabatur, alterum non plane agnoverat: paterfamilias secundum fratrem distincte ex ipsa facie agnoverat, primum etiam cognoverat e vestitu, mole corporis et tono vocis, ut constanter adseverarat, eum a se cognitum, certoque adfuisse facinori. Testimonium hoc respectu primi plenae fidei est habitum, et primus frater, ut duobus testibus convictus, est condemnatus; alter etsi uno teste gravissimisque praesumptionibus dux et auctor sceleris habitus, non potuit tamen nisi quaestioni, ad quam se mire duraverat, delegari, *ante ferias Pentecost.* 1680.

21. An et testes rogati specialiter, fortuito intervenientibus praeferuntur? Ita in testamentis praecise requiritur. *l.* 21. §. *pen. Qui testam. fac.* In instrumentis conficiendis idem fere observatur, *l.* 18. *C. h. t. Nov.* 90. *c.* 2. aliis rebus inopinatis nihil interest. *l.* 11. *h. t.*

DE MODO ET RATIONE TESTES EXAMINANDI.

22. Sequitur modus et ratio testes producendi, atque examinandi. † Primo sumptus a producente repraesentandi sunt, †† pro cujusque dignitate. *l.* 3. §. *ult. h. l.* 11. *C. h. et l.* 6. §. 2. *C. de Appell.* Frisii pro antiqua frugalitate sua, nobili vel nobilibus pari personae foris evocatae adsignant binos in diem florenos, id est, quinta parte minus quam thalerum imperialem; si in loco judicii *deponant*, unum modo florenum capiunt, si velint: plebejis utroque casu dimidium ejus, quod nobili datur, sufficere visum, idque tam pro vocatione, quam pro expensis. *Stat. l.* 3. *tit.* 33. *cap. getuigen.* Quod si adversarius in expensas condemnetur, producens ea, quae expendit, recuperat *scilicet.* Debent autem ipsi testes examinari, neque sufficiunt probatae exhibitaeque in judicio depositiones, de quibus Hadrianus Caesar testibus

† Si testes non sunt eidem judici, coram quo causa agitatur, subjecti, producto ante tres hebdomadas, quam requisitoriales transmittuntur, articuli insinuandi sunt, ut intra istud spatium interrogatoria sua, et exceptiones, contra testes et articulos coram judice requirente proponere queat, qui de his arbitrabitur, illa transmittet. Judicis requisiti officio non continetur, producentem aut productum de termino facere certiorem, potius testes, sub mulcta citabit, et partibus etiam absentibus examinabit, quae tamen, si volent, et eo nomine judici requisito se offerent, suis somptibus testes jurare videbunt. *O. P. S. E. I. et E. Tit.* 22. §. 4.

†† In Saxonia testi intra quartum lapidem degenti, nobili aut nobilibus pari, 2. Unciales pro itineris sumptu, et in singulos dies, quibus in judicii loco commoratur, alii duo unciales, reliquis honoratioris conditionis personis dimidia pars, vilioribus denique civici aut rustici ordinis hominibus in unumquemque lapidem sive milliare 4 grossi, in dies singulos 6 aut 8 grossi, a producente solvantur, ita quidem ut pecuniam una cum articulis, aut intra spatium judici *O. P. S. E. I. et E. Tit.* 20. §. 7. praefixum offerat, nisi, hoc neglecto ad dupli solutionem se adigi malit, quo casu id quod poena est, inter judicem et testes dimidiatis portionibus dividetur. In pauperum causis testes eos sumptus petere nequeunt; est tamen eorum etiam in fine litigii, ut aliorum sumptuum pro re nata a ratio habenda. *O. P. S. E. I. et E. Tit.* 22. §. 3.

se non testimoniis crediturum, abrupte rescribit io *l.* 3. §. 3. *h. t.* Proiodu licet mortui siut testes, scriptis eorum attestationibus fidem non esse habendam, verius est; quatenus creberrime compertum est, eas leviter, ex gratia, dictantibus saepe iis, quibus serviunt, conscribi; denique saepius evenire, ut ab ipsis in judicio testibus juratis, interrogatis, examinatis, aliter res exponantur. (m) Sed an absentes per alios judices, quam ubi causa agitatur, examinari possunt? In civilibus, ita; de criminalibus secus esse cautum, scribit A. Matth. *d. disp.* 9. *th.* 73. quod a ratione non abhorret, at in textibus ab illo citatis non extat. *l.* 3. §. 3. *h. l.* 16 *et l.* 19. *C. h. t.* Quin lex 16. tam iu criminalibus quam civilibus jubet testea vel *propria voce testimonium ferre, vel si non adfuerint, mitti ad eos procuratores partium, apud quos deponant quae noverint, vel dejerent quae ignorant:* idque ita in foro nostro servatum memini, ut, si testes in criminalibus ad locum judicii venire nolint, aut nequeant, advocati partium mittantur ad locum examinis.

23. (n) Necessitas autem veniendi ad locum judicii in civilibus etiam pluribus remittitur, militibus, senibus, valetudinariis, magistratibus, Reip. causa absentibus, publicanis in statione occupatis, et generaliter quibus venire non licet ex justa causa, *l.* 3. §. *ult. l.* 8. *et l.* 19. *h. t.* ubi tales inviti dicuntur non perhibere testimonium, quod non ita capiendum, quasi testimonio dicendo subducere se queant, sed quod sine Contumacia differre suum adventum, vel quod domi suae, aut illic ubi agunt, examinandi sint, quem honorem volunt leges episcopis esse habendum. *l* 7. *et Auth. Sed judex C. de Episc. et Cler.* Moribus nostris, hae excusationes non valent, nisi ob inevitabilem morbi aut absentiae necessitatem, quo casu judex seu commissarius, in locum, ubi tales personae reperiuntur, se confert; quod et saepe fit, utilitatis causa, ut sumptibus parcatur, ubi ingens testium numerus in eodem loco reperitur, tam in criminalibus quam civilibus causis. Alioqui testes io locum judicii venire mulctae quoque dictione, vel si res majoris momenti, carcere coguntur. Quid autem si testes vocati non statim examinentur? Observare debent judicem per quindecim dies. *l. pen. C. h. t.* At cujus impensis? Si per judicem stet, hic iis impendia dabit, *l.* 3. §. 4. *h.* quae alioquin a producente suppeditantur, *l.* 11. *et l.* 16. *C. h. t.* Finitis autem quindecim diebus, testes recedere, nec unquam ut redeant, cogi possunt. *d. l. pen.* Verum illud quindecim dierum spatium, moribus haudquaquam servatur. Statutis nostris hac parte cautum est, ut, si judex commissarius non praesens, aut paratus sit die praefinito testes audire, producens alium ex continenti petere possit commissarium surrogandum. *lib.* 3. *Statut. tit.* 3. *art.* 1.

24. (o) Fuit modus et locus producendi testes, sequitur illos examinandi ratio, de qua prima incidit quaestio, utrum testes seorsim a judice, an utroque litigatore praesente, sint examinandi. Communis est sententia in foro ubique recepta, quod vocandi quidem sint, ut videant jurare testes, examen secreto fieri debeat. Donell. 25. *comm. de testibus c.* 10. Hotoman. ad ¶. 12. *C. de Testib.* Gudelin. 4. *de Jure Noviss. c.* 16. Faber ad *h. t. C. def.* 13. *et* 52. Dissentiunt Praeceptores nostri A. Matthaeus *d. disp.* 9. *th.* 42. Wissenbachius *ad h. tit. th.* 23. qui censent, adeo litigantium, inprimis adversarii, praesentiam requiri, non modo ad jurandi conspectum, sed et ipsas depositiones testium audiendas, ut μονομερῶς, id est absente adversario, nisi is per contumaciam absit, testes examinari nequeant. Textus ut juris ratio debent regere nostrum judicium. Adfirmantes non videntur admodum fidenter uti debere argumento *legis* 14. *C. h. t.* ubi, *ad judicantis intrare secretum;* hoc enim *de Secretario*, id de secretiore judicis conclavi, opposito ad forum vetus Romanum, in quo testes audiebantur, intelligi potest, in quo partem adversam adesse nihil vetet. Verum eo potius nituntur, quod novissimae constitutiones meminerunt temporis, quo testimonia publicantur, et partibus innotescunt, *Auth. At qui semel. C. de Probat. et Nov.* 90. c. 4. qua de re notum *ad tit. de Probation.* cujusmodi tempus non habet usum aut intellectum, si praesentes adversarii testium depositiones, dum fiunt, audiant. Textus, quibus utuntur viri summi, non cogunt ad hoc quod volunt, *Lex pen. C. h. t.* praesentiam adversarii ponit, nisi contumaciter absit; eandem praesentiam apud ipsas vivae vocis depositiones non requirit. *Lex* 18. *C. de fide instrum.* diserte equidem ait, *Depositionibus sub utriusque partis praesentia factis.* Imo in *Novel.* 90 *c. ult.* sic habetur *praesentem esse et audire attestationem*, satis clare, ut videtur. Sed in eadem *Nov.* 90. *cap. ult.* sequitur inferius; *Si enim recusaverit, et advenire noluerit et audire depositiones; (etenim publicabuntur.)* Quae verba significant, praesentiam et auditionem, quae adversario tribuitur, non intelligi de momento examinis et depositionis, sed de publicatione, quae non diu postea

(m) *Pos.* 20. (n) *Pos.* 19. (o) *Pos.* 17. *et* 18.

in loco judicii celebretur. In veteri temen foro, satis cum ex historiis, tum ex Orationibus Ciceronis constat, examina testium, maxime criminalia, questionesque palam fuisse habites, ac institutas partibus omnibus praesentibus, eoque pertinet *Lex* 27. §. 7. *Ad L. Jul. de Adult.*

25. Quando ventum est ad judicis secretum, * producens vel ejus procurator, exhibet judici positiones sive articulos, secundum quos examen testium sit faciendum, de quibus ad *tit. de Probat. et de Interrogat. in Jure*, dici occupatum est. Justa exhibitionem articulorum, ante examen, a testibus juramentum veritatis exigitur, sine quo testes non merentur fidem, *l.* 9. *et l.* 18. *C. h. t.* ubi, *cum sacramenti religione deposuerint.* Adiguntur autem ad jurandum, *priusquam perhibeant testimonium.* Si post attestationem verbis factam jurent, depositiones non habent vim probandi, licet in continenti jursmentum fuerit subjectum, ut recte D. A. Matthaeus *d. disp.* 9. *th.* ubi plures citati auctores; nec aliter in foro servari, testatur Mynsingerus *cent.* 4. *obs.* 77. Ratio non est obscura, quod ubi juramentum sequitur declarationem, religio jurandi non arctaverit loquentem, et pudor homines a retractando, si deinde juramentum exigatur, retinnat; ut videre memini, testes apud judices, qui per ignorantiam juris, in continenti post depositionem jusjurandum ab illis exigebant, repentino rubore suffusos et perplexos adigi ad id praestandum. Gailius tamen in Camera Spirensi narrat esse receptum, ut *praeporteratio* ex continenti commissa depositionis fidem ne tollat. 1. *obs.* 101. *n.* 9. Hinc porro sequitur, testes jurare nolentes non esse audiendos, quod etiam in *Mennonitis* fratribus servatur, qui temperamento ab Ordinibus illis concesso, ut Deum testem dumtaxat invocent, saepe noluut uti; remittuntur inauditi, prius admoniti, ut in officio esse velint, atque edocti nihil esse juramentum quam formulam precandi; sine fructu plerumque apud homines ἰδιογνώμονας, ut crebro experti sumus. Erat talis, qui rogatus a commissario, quid scrupuli inveniret in Deo teste invocando. *Quid scio*, inquit, *an Deo volupe sit esse mihi testi?* Memini talem Mennonitam malae mansioni hanc ob causam traditum et mulctatum esse; quod respectu superstitionis, rigidius videtur, neo carere hac causa probatur, in *l.* 19. *pr. C. h. t.* Ideo nunc ea res modica verborum castigatione transmittitur. In alios vero, qui non metum religionis, sed contumaciae causam habent, rigor extremae jurisdictionis intendi posset. *arg. l.* 1. *D. Si quis Jus dic. non ob.* Non potest igitur judex remittere jusjurandum? Non potest, ne Catoni quidem, aut Xenocrati, cui non tam judex quam populus Atheniensis eum honorem habuit, teste Diog. Laertio *in ejus vita.* Pars adversa equidem remittere potest juramentum, ** *arg. l.* 26. *de Re Jud. quod* de civili capiendum, non de criminali causa ubi accusator non de suo, verum de eo quod interest Reipubl. agit, et deniderc oequit Mascard. *vol.* 1. *quaest.* 5. *n.* 108.

26. Juramentum a testibus exactum et examen, responsio adversae partis ad positiones analogice praecedere deberet; ut cognitis adversarii responsionibus, producens scire posset, quibus factis opus sit per testes probandis, etsi plerumque apud nos una feria adversarius et testes citantur. Et tunc primo fere testes jurant, dein adversarius juratus de calumnia, respondet. Quo facto easdem positiones, secundum quas fiet examen, adversario tradendae sunt, ut articulos apponat *interrogatorios*; item ut eas exploret, an sint causae legibus congruae, an contineant res indecoras, a causa alienas, ac fante, de quibus ante interlocutoriam nihil sit dictum, contineant, quod Statutis nostris vetitum. 3. 18. *v.* 9. 10. Examinat etiam personas testium, an non sint inter eos, qui testimonium in ea causa dicendi jus non habeant. Si quid ejusmodi deprehendatur, et res tanti sit, potest se adversarius opponere testium examini. Super qua re summarie disceptatur, eaque lis incidenter deciditur; quae decisio nihil est quam interlocutio.

* Apud nos in termino a Judice praefixo † producens, sub poena desertionis, testes tenetur producere realiter, si sint praesentes, absentium autem accusat contumaciam at absentes tanquam praesentes producit, eos vero, qui comparuerunt, praevio jurejurando ad articulos, antea a se exhibitos, a judice petit examinari — *O. P. S. Tit.* 20. §. *ebenmassig.* §. *wann ae nun.*

† Non comparente producente, probatio per testes, aut documenta, aut articulos, super quibus producto juramentum delatum, facienda, pro deserta habetur. Producente autem comparante solemni productione testium vel praesentium vel etiam absentium non amplius indiget, sed judex vel petente producente, vel ex officio examinando praesentes, vel citando absentes, in causa rite perget. *O. P. S. E. I.* at *E. Tit.* 20. §. 7.

** Jure Saxonico et partis producentis consensus requiritur, at quidem non tacitus, sed utriusque litigantium expressus. *O. P. S. tit.* 20 §. 3. verbis: *den gewohnlichen Zeugen-Eyd leisten, und dessen keiner beyder Theile ausdrucklicher Bewilligung erlassen, auch auf den Gegenfall. da der Zeage nichts minder ohne Eid abgehoret wird, auf des Parts Ansuchen, auch nach eroffnetem Gezengniss, auf vorhergehenden gewohnlichenzeugen-Eid von neuem* examini *rei werden.* Casus cum eos, in quibus, remissione partium non obstante, Judex jusjurandum ex officio exigere potest, tum alios, ubi testibus injuratis creditur, annotavit ill. Meucken. ad *O. P. S. Tit.* 20. §. 12.

27. Queritur autem, si quaestio facti sit *utrum* scil. *merita personae sint ejusmodi*, *ut a testimonio excludi debeat*, an tum dilatio tanta sit ac interlocutio facienda probationis causa, testesque in eam rem producendi. Respondetur, non facile id esse admittendum, quia tunc interlocutione opus esset ad interlocutionem, imo plures interlocutoriae aliquando cumularentur. Exemplum. Testis in causa criminali a procuratore generali producebatur. Reus opponebat ae testi pluribus argumentis facti, quominus admittendus esset, offerebatque se probationi. Impetravit interlocutionem et dilationem probandi causa. Testes etiam contra testem illum produxit; quorum uni se rursus opponebat procurator generalis, praeparatorie probans illum esse inhabilem petebatque, ut sibi in eum finem liceret producere suos testes: at hoc negatum, ne duplex interlocutio fieret in interlocutorio processu; etsi meritum causae magis hanc interlocutionem, quam priorem exigeret. Simul animadversum est, primam quoque interlocutionem rectius omittendam fuisse: praesertim quia reus in sequenti dilatione, quae datur reprobandi causa, rationes, cur ille testis fidem non mereretur, suo commodo probare poterat. Ita observatum *in causa Procuratoris Generalis contra Christianum Siambourg*, *d.* 14. *Februar. et d.* 20. *April.* 1680. Solet tamen ita servari in foro nostro, ut in causis majoris momenti, quando is, contra quem testis producitur, praeparatorie probat causas sufficientes testem penitus excludendi, interlocutio quandoque concedatur.

28. Quaesitum est, an talis oppositio fieri posset ob hujusmodi causam. Producens in calce positionum suarum ita collocaverat; *Rogo, domine judex, ut ex testibus quaerere velis, numquid iis amplius de causa, quam heic positum est, compertum sit.* Fiebat oppositio; propterea quod adversa pars ad ejusmodi generale supplementum non posset articulos concipere *interrogatorios*, quod jus ei nefas esset intercipi. Quidem tamen putabant, nihil ejusmodi positione comprehendi, quam quod judicis officio continetur, *l.* 3. §. 1. *in fin.* ubi, *ad ea quae interrogavecas*, *et* §. 3. ubi, *Ipsos interrogare soleo*: nec judici hac parte modum aut tempus, si intra causae terminos maneat, praescribi posse, *l. pen. de interrogat. in jur. fac.* atqui contra judicis quaesita, quae ex officio fiunt, nullos adversa pars *interrogatorios* opponendi facultatem habet. Quid autem plus erat in ejusmodi articulo generali, quam imploratio judicis officii? Qualis semper ipsis interrogatoriis subjici solet. Fecit tamen illa prior ratio, ut oppositio admitteretur, producensque illam thesin inducere juberetur, *in causa Simonis de Wyn in qual.* contra *Alrichum Hajinga*, *Praetorem militarem d.* 15. *Octobr.* 1679. Habet disciplina fori suam formularem trituram, a qua non facile, tametsi forte ratio juris haud prorsus eam exigat, recedendum.

29. Caeterum, positionibus exhibitis, adversa pars, articulos, quos saepe dixi, adjicit interrogatorios, * quibus rogatur judex, ut testes velit examinare super *talibus* circumstantiis causisque scientiae, quas alter pro se momentum aliquod contra producentis intentionem habere putat, praemissa protestatione magistrali parumque necessaria, cum res ipsa eam contineat; *se non admittere positiones*, *nisi salvis reprobationibus et salvo jure in omnibus*, clausulaque subjecta *implorandi interrogationes juris*, quae sunt officii judicis, ut *modo* judicatum est, versanturque in eo, an satis sibi constent voce, vultu, dictione; nam qui vacillant, aut inter se discrepant, his merito fides subducitur. *l.* 21. §. *ult.* et similibus.

30. Redbibitis positionibus, quod fieri debet quantocius, judex commissarius, aut quod alibi moris est, scriba publicus singulos articulos testibus praelegit et singulis declarationes testium explicite subscribit, ut rei momentum postulat et Statutis nostris praecipitur; quae diserte

* Etiam nostrae *O. P. Tit.* 20. *nochdem es.* producto potestatem facit interrogatoria offerendi, † si modo ante Terminum vel in ipso termino ea exhibeant, nam ex officio ea a Judice non solent confici. Suend. *ad Fib. pr. p.* 1420. Prohibentur autem *d.* §. interrogatoria generalia ad causam, et specialia tantum ad singulos articulos directa, aut generalia ad personas testium pertinentia, admittuntur, ubi judicis incumbit officio interrogatoria inepta, impertinentia, statim rejicere, nec testes super iis examinare, conf. Stryk. *Introd. ad Prax. for.* c. 18. Joh. Sam. Stryck. *Disp. de interrogatoriis ineptis.* eumque in finem ea in termino cum producente communicare, et excipiendi detur copia. Martin. *ad d.* §. *n.* 142. Suendend. *l. c. p.* 1418. non antea, ne forte testes subornandi suppeditetur ansa. Nicol *Proc. p.* 1. *C.* 16. *n.* 1. Lang. *Proc.* 54. *n.* 10. Super interrogatoriis licitis vero, legitime exhibitis, si testes de facto examinati non fuerint, repetendam eorum esse depositionem, admonuit Suend. *d. l. p.* 1420.

† Super interrogatoriis, pariter atque articulis, num pertinentes sint nec ne, multis non est disputandum; si super ejusmodi, vel interrogatoriis, vel articulis forte testes per negligentiam examinati sunt, eorum in sententia ratio haud est habenda; rectius tamen judex ea omnia statim et ex officio rejiciet, super reliquis, neglectis iis, quae ab adversa parte regerentur, testes examinari faciet. Si una alterave pars arbitrio judicis stare nolit, et ad JCtos provocabit, licebit hoc ei, sed suis impensis, et V. thaleris in casum succumbentiae apud judicem repositis. Contra ejusmodi sententiam nulla prorsus leuteratio, nisi in causis statim ab initio in suprema curia ventilatis, nec appellatio facile apud Judicem ad quem locum inveniet. *O. P. S. E. L. et E. Tit.* 20. §. 8.

prohibent, depositiones concipi remissivo ad articulos, velut, testis ait; verum esse *articulum primum*; negat *secundum*; nescit *tertium*, sine expressione, quid testes declarent, sub poena nullitatis et impensarum novi examinis. *lib.* 3. *tit.* 22. *art.* 1. Ubi hoc bene servatur, carere licet hac quaestione, quomodo testes respondere debeant: *scire se*, an *credere* vel *arbitrari*, aut *videri sibi*, de qua vide. Auctores apud A. Matthaeum *d. disp.* 9. *th.* 45. Veteres modestiae causa *videri sibi* et *arbitrari* amabant loqui, ut Cujacius probat 3. *obs.* 26. Quin Cicero argumentum refutandi testis Galli inde petit *orat pro Fontej.* quod *verbum illud consideratissimum nostrae consuetudinis*, ARBITROR, omiserat; *quo nos etiam tunc utimur*, ait, *cum ea dicimus jurati, quae comperta habemus, quae ipsi vidimus.* Verum hic scepticismus abiit ex usu temporum; nec, *etsi de omnibus dubitandi institutum revixerit*, hac parte receptum est, ut responsa testium dubia pro certis habeantur. Verum si quis nolit dicere testis, sibi constare, se vidisse, audivisse, scire se, testimonium ejus vim probandi non habebit nec in civilibus neque maxime in criminalibus, ut recte Duaren. *ad tit. C. de Test.* c 4. Gomes. 3. *Res.* 12. *n.* 10. Costal. *in l.* 21. *de Recept. qui arb.* quod autem D. Matthaeus id in universum et de omnibus casibus adfirmari non posse scribit *d. th.* 45. res ipsa loquitur, de his, quae testes non bene sciunt, recte eos facere, si dubitanter loquantur, pari fide illis adhibenda. Caeterum, ipsa pars adversa per *Credit* et non *Credit*, defungi potest, quia quod ipse praestat juramentum, id est opinionis, quod a testibus exigitur, hoc veritatis est. Quid si testis ultro aliquid ad causam pertinens exponat, hoc etiam judex adnotabit? Sine dubio; quando et ipse tam positiones producentis, quam interrogatoria partis adversae in examinando, *ut modo probavimus*, egredi potest.

(p) *Pos.* 23. 12. *et* 21.

31. (p) Testibus auditis et testimoniis publicatis, qua de re *ad tit. de Probation.* actum, adversa pars facultatem habet *Reprobandi*, hoc est, objiciendi personis testium quidquid ad fidem illorum minuendam in ista causa facere potest, eorumque testationes refellendi, vel ipsis inter se dictis eorum comparatis, aut contrariis aliunde probationibus. etiam testibus in eam rem denuo productis, *l.* 17. *C. h. t.* et dixi *ad tit. de Prob n.* 12 Sed personalia quod attinet, sciendum, excludi non posse testem ab eo, qui prius eumdem produxerit, ne quidem in alia lite, nisi ob causas deinceps ortas. *d. l.* 17. Quid si testis non productus ab aliquo, sed absque reprobatione admissus fuerit, an hic deinde repelli non potest? Commune dictum in foro est, *quem probo, non reprobo. d. l.* 17. Atque in eadem lite, diversa instantia non posse excludi, nec quidem cum effectu reprobari, absque nova causa, dicendum videtur, et Curia nostra judicavit in causa memorata *Johannae Heslinga adversus Curandum Dose*; qui cum sorores actricis apud judices inferiores admisisset, in judicio appellationis illas frustra excludere conatus est. In diversa causa quominus reprobandi jure possit uti, non videtur esse justa ratio; cum fieri possit, ut alia rerum hominumque conditio atque fiducia in diversis negotiis appareat. Quae ratio velle videtur, ut etiam qui produxit testem in una causa, videatur eum recusare posse in lite diversi generis; si causa reprobandi non petatur ab odio personae, sed ab affectione causae, *arg. d. l.* 17. verb. *non licebit ei personas eorum excipere.* Fit aliquando, ut qui produxit testem, eumdem reproducere velit, ut sua dicta corrigat: sed hoc aliter non permittitur, quam si fiat in continenti, priusquam locutus sit cum producente, justamque erroris causam alleget; ex intervallo non permittitur. *l. ult. C. h. t.* A. Matth. *de disp.* 9. *th.* 41. *et* 46. Quominus tamen judex ultro ex officio testem de obscuris dictis iterum examinet,

† In Saxonia Electorali probatione et reprobatione absoluta, testibus auditis, documentis recognitis, juramentis etiam praestitis, judex spatium 14 dierum concedens, ex officio partes ad publicationem attestationum citat, at istas in termino rite publicat, parte etiam neutra comparente, probationem reprobationemque, quae pro publicatis habendae, Actis adjicit, partibusque comparentibus vel non comparentibus rotulorum exempla, intra 14. dies sub 5. thalerorum poena confecta, communicat. *O. P. S. E. I. et E. Tit.* 29. §. 1. Quod vero ad positiones attinet, quibus super probatione et reprobatione disceptatur, iis spatium trium hebdomadum est praefinitum, quarum prima nunc promiscue ab actore intra illud spatium, ab elapsis 14. diebus confectioni rotulorum destinatis computandum, est porrigenda, adversus quam reus intra simile spatium excipit, atque ita actor replicat, et reus duplicat. Uti autem haec spatia, nec a judice, nec partium compromisso, prorogari possunt, ita, si alterutra pars ea non observaverit, nulla contumaciae accusatione opus est, sed judex ex officio omne id, quod post illud spatium offertur, rejicit, at ab actis repellit. Istarum positionum duo nunquam non exempla sunt offerenda, quorum unum apud acta retinetur, alterum parti petenti traditur, *d. Tit.* §. 2. Denique vim probationum in causis, quarum probatio et reprobatio per documenta facta, oretenus excutientibus septiduum, non computatis diebus dominicis vel festis, injunctum, actore iterum initium faciente, qualis procedendi modus etiam obtinet, quotiens illi, cui juramentum delatum, conscientiam per probationem defendere libuit. *d. Tit.* §. 5.

nihil impedimento est. *arg. l. pen. de Interrogat. in jur. fac.* Matth. *d. th.* 41.

32. Quoties produci possint testes, quaeri video. In *Nov.* 90. *cap.* 4. sic est definitum. Tres productiones sunt licitae; ad quartam non admittitur litigator, nisi juraverit, se non percepisse testificationes adversarii; nam post harum perceptionem nullam amplius productionem, licet una tantum facta fuerit, adhibere licet. *d. cap.* 4. *in fin.* Sed numerus productionum unde aestimetur, ab horis, an a numero dilationum, quaerunt etiam; Cujacius, Donellus, A. Matthaeus, decem dies censent numerandos inter singulas productiones, credo ex verbis *d. cap.* 4. *non tamen post longum intervallum.* Haec quisque cum usu fori sui conferre potest. In nostro distinguuntur testium productiones, ut dictum *supra*, in probatorias, reprobatorias, et contrareprobatorias. Probatoriae habent dilationem ordinariam, aut a Curia praescriptam, *ad tit. de Probationibus* expositam. Reliquae duae trium septimanarum dilatione legitima circumscribuntur. Intra illos terminos licet uti tot productionibus, modo non iidem sint articuli et testes, quot ipsa res exigit, etsi nunquam plures tribus ego viderim factas: numerus dierum inter singulas productiones non est praescriptus, ut forte nec jure civili; modo fiant intra terminum dilationis legitimae, et ante cognitas adversarii probationes; nisi quod reprobatoriae productiones semper fiunt postea. Sand. 1. 10. 5. Quod de productionibus secundum horas distinguendo illi quaerunt, parum intelligo. Usum certe non habet quem viderim.

33. (q) Omnibus productionum vicibus absolutis, postquam a partibus in causa concursum, judex e testimoniis aliisque probationibus judicaturus, ex sententia animi sui aestimare debet, quid aut credat aut parum sibi probatum opinetur, *l.* 3. §. 2. *h. t.* nec valde opus est, ut moneamus, eum plus fidei tribuere debere pluribus quam paucioribus, adfirmantibus quam negantibus, dignioribus quam humilioribus, senioribus quam junioribus, masculis quam feminis, ut tradit e Dd. A. Matthaeus *d. disp.* 9. *th.* 50. Haec enim tot exceptionibus et cautionibus circumscripta sunt, ut non minus quam alias opus sit eo, quod Arcadius ait in *l.* 21. §. *ult. h. t. Credendum est, quod naturae negotii convenit, confirmabitque judex motum animi sui ex argumentis et testimoniis, quae rei aptiora et vero proximiora esse competerit etc.*

DE TESTIBUS EXTRA JUDICIUM COGENDIS.

34. (r) Dictum est *superius*, necessitatem testimonii dicendi esse publicam a lege derivatam in magistratum, qui non tantum requisitus a partibus, sed etiam ex officio in causis publicam utilitatem spectantibus cives adigere potest ad testimonium jurato praestandum. Privati vero neminem ad hoc compellere possunt, *arg. l.* 16. *C. de Testib.* rogati in testamentis, in contractibus caeterisque inter vivos aut mortis causa negotiis adhibentur, *Nov.* 90. *C.* 2. nec inviti ad hoc coguntur. Sed quia judicii publica est auctoritas, hinc eo contracto constitutoque datur facultas ex lege testes cogendi; cujusmodi auctoritas et vis legis in extrajudicialibus cessat, etsi magistratus officium requiratur; quando enim id non fit ex causa publica, sed privati alicujus rogatu; nemo tenetur hujusmodi requisitioni parere. Quamvis igitur *praeparatoriae*, quas vocant, testium examinationes, frequenter ita instituantur, ut homines sine litis contestatione, de factis quibusdam juxta conceptas positiones respondeant, si quando hoc eveniat, ad magistratus quidem vocati accedere debent, in arbitrio tamen habent, utrum respondere velint, an secus. Nec ea res ad magistratus, qui non nisi requisitus officium suum adhibet, contemptum pertinet. etsi meminerim, ubi perperam id existimatum et in cives ea causa animadversum sit, imperite. Quin si responsiones hoc modo sint elicitae, nihilo tamen plus valoris, quam adtestationes a tabellionibus scriptae in se continebunt.

35. Ita quidem in universum. Sed excipitur examen testium *in perpetuam rei memoriam*, † ad quod testes etiam compelli possunt, si adsint hae duae conditiones: prima, si lis nondum possit moveri, sive quod jus necdum sit natum, vel quod alia sint impedimenta. Secundo, si testes ob senectutem vel peregrinationem tempore litis forte non sunt adfuturi, qua causa lis etiam moveri potest, antequam jus sit natum, executione, donec id natum fuerit, differenda. *L.* 40. *D. ad L. Aquil.* Istae quidem conditiones in eo, qui jus agendi habet, requiruntur. Reo facilius hujusmodi extraordinarium examen indulgetur, quia ille non habet in potestate rem in judicium deducendi, et quia reus semper alias prae actore favorabilis habetur. *l.* 125. *de R. J.* Idem in criminalibus adhuc justiore de causa reo concedendum; accusatori non aeque; tametsi procuratores generales praeparatoriis

(q) *Pos.* 22. (r) *Pos.* 24.

† Qua probationis specie uti licet, et reo et actori, etiam per documenta, si parti quoad probationem aut reprobationem periculum immineat. *O. P. S. E. I. et E. Tit.* 27. §. *un.*

examinibus officium suum frequenter exercent, attamen absque necessitate publica juramentum exigendi, vel si hoc maxime sit praestitum, probationis fidem faciendi. Modus autem producendi testes in perpetuam rei memoriam, est, ut libello supplice petatur illa facultas, et commissarius judex, a quo testes examinentur, vocata parte adversa, quae testes videat jurantes, juxtaque positiones probatorias articulos ponat interrogatorios, sicut in examinibus testium post interlocutionem judicialem fieri solere, supra commemoratum est. Depositiones conscriptae apud officium judicis, sive in ipsa Curia custodiuntur, ut occasione judicii suo tempore movendi, inde repetantur, atque tunc justum plerumque probandi effectum habent; sic tamen, ut si testium copia tunc etiamnum haberi possit, iidem denuo producendi atque interrogandi sint, ut in Curia nostra judicatum est *in causa Freerk Gosliks Requirant contra Jds Foekes, Gedaegde*. Vid. *Cap. Quoniam X. de Test.* Mynsing. 4. *obs.* 7t. Gail. 1. *obs.* 22.

TIT. VI.

DE JURIS ET FACTI IGNORANTIA.

I. Continuatio, et quotuplex sit Juris ignorantia. II. Personae, quibus jus ignorare licet, non sine discrimine tamen. III. De intellectu regulae, quod Juris ignorantia noceat in lucris, non in damnis. IV. Objectiones quaedam removentur. V. Ignorantia facti quatenus excuset.

(a) In facti questionibus, circa quas probatio vertitur, usu venit ignorantiae allegatio, quae secundum rubricam, duplex, juris vel facti est, de quibus philosophorum sententias non excutiemus; sed quae in juris artem ex ipsa philosophia translata sunt, breviter videbimus. Et hujus, vel divini, vel humani. Rursus hujus, vel gentium vel civilis. Juris naturalis et divini moralis ignorantiam, excusare neminem, cum non modo sacrae scripturae, sed etiam cordium tabulis insculptum sit, ut Apostolus docet *ad Rom.* 1. clarum est. Idem in jure gentium, quia naturalis ratio hoc inter omnes homines constituit. §. 1. *Inst. de Jur. Nat.* Horum igitur sine flagitii confessione praeferri non potest inscitia: Nec quidem juris civilis, quod est communis omnium civium sponsio, *l.* 1. *et l.* 2. *de LL.* nisi jus novum sit, vel plane non promulgatum, vel quod absens scire non potuerit, quomodo in historia sacra Jonathan edictum patris de jejunio ignoraverat. Et videntur ejusdem generis esse municipales super ordine rerum agendarum constitutiones, *l. ult. D. de Decret. ab ord. fac.*

2. (b) Sunt tamen qui et ob ignorantiam juris communis, quod civile est, excusantur, etiam in delictis, ut feminae a poena incestus non jure gentium prohibiti. *l.* 38. §. 2. *D. ad L. Jul. Adult.* Quod hodie non habere locum, quatenus jure divino prohibitio continetur, usu vulgatum est. Excusantur a poena Turpilliani SCti, propter accusationem temere motam et omissam. *l.* 1. §. 10. *vers. Atqui Pap. D. ad SC. Turpil.* Minoribus etiam annis 25. in quibusdam minoribus delictis, praesertim omissionis, succurritur, ut si haeres minor non sit persecutus necem defuncti, *l.* 6. *C. de His, quae ut indign.* si mater annis 25. minor tutorem liberis suis petere supersederit. *l.* 1. *C. Si advers. del.* Quod igitur *in l.* 9. *pr. h. t.* minores et feminae non laedi dicuntur, *sicubi non est delictum*, de gravioribus commissis et facinoribus accipiendum. *l.* 37. §. 1. *de Minor.* Inter minores autem et feminas hoc interest, quod illis, ne in lucris quidem abstet ignorantia Juris, feminae tantum in damnis excusentur. *l.* 11. *C. l.* 8. *D. h. t.* Militibus etiam juris ignorantia remittitur in testamentis; *l.* 1. *et t. tit. D. et C. de Testam. mil.* in adeunda haereditate, *l.* 9. §. 1. *h. l. ult. in pr. C. de Jur. delib.* adeoque etiam in causis lucrativis. Rusticis quoque juris ignorantia est innoxia, in modicis malefactis, ut albo corrupto, *l.* 7. e. 4. *de Jurisd.* Poena SCti Syllaniani, *l.* 3. §. 22. *de SC. Syllan.* item in condendo testamento, *l. ult. C. de Testam.* in petenda haereditate, sivo bonorum possessione, *l.* 8. *C. Qui admitt. ad bon. poss.* adeoque etiam in lucro. Sed feminae, inquam, ita sunt inter exceptas personas, ut vix aliter quam in civilibus delictis valere videatur exceptio. Nam in lucrativis causis non excusatur earum juris ignorantia, et in damnis haec nemini, nec maribus quidem praejudicat. *l.* 7. *et* 8. *h. t.*

3. (c) In utrisque igitur, tam maribus quam feminis, eumdem habet effectum ignorantia juris; de qua est regula generalis; quod in compendiis quidem non prosit, veluti in quarta de legatis

(a) *Pos.* 1. *et* 5. (b) *Pos.* 4. (c) *Pos.* 3.

detrahenda, si legis falcidiae ignarus fuerit, *l.* 9. §. 5. *h. t.* in damnis autem non noceat. *d. l.* 7. *et* 8. Ait autem *d. lex* 8. *In damnis amittendae rei suae.* Hoc quidam ita accipiunt, ut tantum habeat locum quando agitur de transferendo dominio, quod certe vocabulum *suae*, in stricto sensu, significat: verum et saepe latius pro omni eo quod ad nos pertinet accipitur, ut in definitione Justitiae, *suum* cuique, item in *l.* 44. *de Condict. indeb.* et *alibi.* Heic ita sumendum esse, jubet aequitas, quae damnum alicui per ignorantiam infligi vetat, quo pertinet, quod probavimus ad *tit. Inst. de obl. ex quasi contr. part. I. pag.* 362. condictionem indebiti per juris ignorantiam non amitti; quoniam ibi vere de damno vitando certatur, etsi dominium rei solutae sit translatum, quod et verba legis 8. *h. t.* confirmant, dissentiente licet D. Wissenbachio *ad h. t. n.* 41.

4. Caeterum, si hanc regulam ad exempla redigas, videndum, ne non habeat difficultatem, quia saepe et in damnis nocere et in lucris excusare videtur ignorantia juris. Nam qui credit mulieri fidejubenti, et filiofam. mutuum accipienti, per ignorantiam SC. Vellejani et Macedoniani non juvatur, nisi minor sit, etsi illi casus ad damnum vitandum pertineant. *l.* 9. *in pr. h. t.* Rursus, haeres in legatis agit de lucro, et tamen juris ignorantia non vetat repetere cautionem legatorum causa in testamento remissam. *l.* 1. *Ut in possess. legat.* Juris ignorantia non vetat lucrari fructus haereditatis possessae. *l.* 25. §. 6. *de Haered. pet.* Ad haec dicendum videtur, restitutionem damni antea perfecte illati, ut in duobus illis prioribus exemplis, non esse casum damni vitandi. Qui credidit filiofam. aut ad intercessionem mulieris, amisit pecuniam male creditam. Hanc recuperare per juris ignorantiam, aliud est quam non perdere, cujus adhuc jus salvum est. Quibus accedit, quod regula praedicta semper ita accipienda est, ut non praejudicet alterius juri per leges quaesito. Sic etiam executio juris antea perfecte adquisiti; quamvis lucrosi, ut in sequentibus exemplis, non est casus lucri captandi sive quaerendi, sed ejus amissio pro damno est habenda. Ut ita, si, haereditate adquisita, fructuum perceptio per juris ignorantiam impediatur, id magis pro damno, quam contrarium ejus pro lucro sit habendum; cum e contra, si quis in eo sit, ut haereditatem primum adquirat, huic juris inscitia noceat. *l.* 1. §. 1. *h. t.*

5. (d) Hactenus de juris ignorantia. Altera species, quae facti est, habet regulam, quod *facti ignorantia prosit*, hoc est *excuset. l.* 2. *et l.* 8. *h. t.* Ratio redditur in *d. l.* 2. quia cum jus sit finitum, facti interpretatio plerumque etiam prudentissimos fallat. Plurimum tamen interest facti proprii, an alieni sit ignorantia, *l.* 3. *in pr. h. t.* haec enim facilius, quam prior se probat. *l.* 15. *in fin. C. de Rescind. Vend.* At in universum ita proditum est; ignorantiam facti excusare, si modo non sit crassae negligentiae aut nimiae securitatis, *l.* 3. §. 1. *et l.* 6. *h. t.* qualis ut plurimum facti proprii ignoratio esse videtur, ut tamen ne heic quidem civilis absit excusatio in factis antiquis factorumque circumstantiis lubrico sui memoriam fallentibus, ut in *l.* 44. *de Adquir. possess.* et id genus aliis. Pro hac quoque facti ignorantia militat praesumptio, ut adfirmanti quod alius sciverit negotium, quod facti quidem est, incumbat probatio. *l.* 21. *et l.* 27. *de Probat.* Non distinguitur etiam in excusatione hujus ignorantiae, de lucro agatur, an de damno, *l.* 8. *h. l.* 7. *C. h. t.* adeoque tam in delictis, quam in contractibus habet locum, etiam in divisionibus, *l.* 4. *C. h. t.* in condictionibus, *l.* 7. *et l.* 10. *C. eod.* in delatione et adquisitione haereditatis, *l.* 1. *h. t.* denique et in usucapionibus, *l.* 4. *h. t.* eo sensu, quo Thomasius explicat *ad Posit.* 2.

SCHOLIUM.

Prodest quidem ignorantia facti in usucapionibus, l. 4. h. t. *scilicet usu capienti, qui v. g. ut Glossa subjicit, ignoravit vendentem non esse dominum, non vero prodest ei, contra quem usucapitur; quamvis de damno vitando certet.* l. ult. C. de Praescript. long. temp. vid. *Fachin.* lib. 1 controv. 66. *Brunnem.* ad §. ult. Instit. de Usucap. *quae exceptio nititur ratione utilitatis publicae, cujus interest, ut dominia rerum non sint incerta.*

(d) *Pos.* 2.

LIB. XXIII. TIT. I.

DE SPONSALIBUS.

I. Continuatio. II. Genus sponsaliorum, mentio et repromissio. III. Differentia futurarum nuptiarum: Primo respectu eorum, qui nuptias per aetatem, aut temporar. legis impedimentum, adhuc contrahere non possunt. IV. Quid si differantur Sponsalia in tempus post conjugis mortem viventis, contra Grotium. V. Quomodo sponsalia de futuro intelligantur respectu caeterorum, quibus in promptu est facultas nuptiarum. VI. Inter sponsalia haec ordinaria, et ritum ducendi uxorem, non fuisse alium de nuptiis intermedium consensum; quomodo igitur sponsalia a contractu nuptiali distent. VII. Sponsalia ordinaria fuisse ipsum contractum nuptialem, seu de praesentibus, sive dictis futuri temporis nuptiis initum. VIII. Hine Jure Canonico Matrimonii contractum a puris sponsalibus non discrepare. IX. An verba futuri temporis, hoc Jure nunquam significare possint contractum nuptialem. X. Juri communi et moribus videri consentaneum, ut possint. XI. Verba sponsaliorum debere esse indubitata. XII. Probationem aeque claram. XIII. Acceptationem accedere debere. XIV. Consensui adversam esse vim, ubi de Invitis nuptiis. XV. Item errorem. XVI. An et Error accidentalis vitiet sponsalia. Quid de ebrietatis et affectuum causa. XVII. De conditione sponsalibus adjecta, et ejus a modo discrimen. XVIII. De forma celebrandi sponsalia. XIX. De effectu sponsaliorum. XX. Convenientiae sponsaliorum, quod ad effectus attinet, cum Nuptiis, in variis effectis. XXI. Discrepantiae.

(a) Quartam hanc Digestorum partem, quae incipit a libro vigesimo, in duas ibi partes distinximus, quarum prior fuit de accessionibus contractuum, ut pignoribus, aedilitio edicto, evictionibus, usuris, fructibus, causis, et mora; denique de probationibus, earumque speciebus. Altera pars erat de actionibus ex jure mere personali, proximoque naturae contractuum, quales matrimonium et tutela sunt, oriundis: nec male post locum de contractibus absolutum immediate. In his primum locum occupat *Matrimonium*, de cujus praeparatione, perfectione, sequelis, finiendique modis ordine tractatur. Praeparatio consistit in sponsalibus; perfectio in requisitis matrimonii explicandis; impletio in ritibus, et concubitu; sequelae in dote, donationibus conjugum, et similibus. Quoniam vero de *Nuptiis* ad Institutiones plena manu fuit actum, heic subtiliore utendum erit calamo, in spicilegio potius, quam messe administranda. De sponsalibus non egit Justinianus in *Manuali suo*. Ideoque licet e nobis aliquid de iis sit delibatum, ad *tit. de Nupt. n.* 5. res tamen jubet, heic eumdem prosequi locum velut intactum.

2. (b) Collocanda igitur definitio sponsaliorum, etsi nota, nec indicta. Florentinus: *Sponsalia sunt mentio et repromissio nuptiarum futurarum*. 1. *l. h. t.* Mentio non tantum est commemoratio, sed et tractatus, et stipulatio, quam sequitur repromissio sponsae, vel ejus, qui sponsam in potestate habet. Nam moris fuit veteribus, *stipulari et spondere sibi uxores futuras. l* 2. *h.* A. Gellius. *Qui uxorem*, inquit, *ducturus erat, stipulabatur, eam in matrimonium ductum iri: Qui daturus erat, itidem spondebat daturum; is contractus Sponsionum stipulationumque, dicebatur Sponsalia; tum quae promissa erat Sponsa appellabatur; qui spoponderat ducturum, sponsus. lib* 4. *noct. Att. c.* 4. Sed deinde receptum est, ut sine verborum solemnitate, simplici consensu, sponsalia perficiantur, *l.* 4. *l.* 7. *et l.* 11. *h. t.* tam eorum qui conjunguntur, *l.* 6. *l.* 11. *et l.* 13. *h.* quam quorum in potestate sunt. *l.* 7. *l.* 11. cum *ll. seqq.* Proinde sicut liberi sine patrum, qui habent eos in potestate, jussu, sponsalia contrahere non possunt, *d. l.* 7. §. 1. ita nec filiofam. dissentiente, sponsalia ipsius nomine fieri possunt. *d. l.* 13. Filiae aliquanto arctius haberi videntur, cum hisce dissentiendi facultas non detur, nisi indignum moribus vel turpem sponsum ei pater eligat, *l.* 12. §. 1. *h.* major enim hac in parte verecundia sexum decet, quo pertinet eximium illud Hermionis ex *Andromach.* vers. 987.

Νυμφευμάτων μὲν τῶν ἐμῶν πατὴρ ἐμὸς
Μέριμναν ἕξει, κ᾽οὐκ ἐμὸν κρίνειν τάδε.
Sponsaliorum cura nostrorum Patri
Erit meo, nec est res judicii mei.

(a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 2. *h. t* et *Pos.* 7. *tit. seq.*

Videtur tamen hoc civiliter accipiendum, si filia non abhorreat: absolute enim cogi illam, etsi forte nec indignus, neque turpis in aliorum oculis sit sponsus, ratio non patitur. *l.* 134. *in pr. de V. O.* Fit aliquando, ut patres liberos suos testamento nuptiis alicujus destineot, ut in *l.* 66. *de Rit. nupt. l.* 101. *in pr. de C. et D.* Verum haec sponsalia non esse, ubi conventio nulla, palam est, nec liberis eamdem infert necessitatem, quam vivi patris auctoritas; nam filia, non obstante illa destinatione, libere cui velit, nubere posse videtur, etsi poena, si patris voluntati non pareat, testamento sit imposita, per *l.* 28. *in pr. et l.* 72. §. 4. *de C. et D. l.* 134. *pr. de V. O.*

3. Sic fuit genus sponsaliorum. Differentia plus habet difficultatis in recessu, quam in fronte praeferat. Nam verba *futurarum nuptiarum* nihil aliud indicant, quam sponsalia praecedere, nuptias sequi, ut res ipsa loquitur. Primo id evidentissimum est in sponsalibus contractis ab his, qui nondum per *aetatem* nuptias inire possunt; nam qui septennio majores sunt, recte contrahunt sponsalia, *l.* 14. *h. t.* idque manent, etsi nuptiae fuerint *collatae*, *l.* 9. *h. t.* de cujus vocabuli sensu disputat Budaeus ad *d. l.* 9. qui *collatas*, reddit *dilatas*. Cujacius 11. *obs.* 15. τὸ *collatae* legit, at intelligit *collocatae*. Conoanus 8. *comment. c.* 2. vult, collatas dici nuptias, quia sponsa se *contulit* in domum sponsi. Mornacius ad *d. l*, 9. collatas vocat nuptias, in idem tempus, quo sponsalia, *collatas*. Accursius *collatas* accipit *contractas*. Potius ita; conjunctione sponsi atque sponsae *conjunctas* qualicunque, licet irrito successu; ideoque nihil amplius sunt quam sponsalia, si haec intervenerint. Si non, *collatae* nuptiae inter impuberes ipso jure *nihil* sunt *d. l.* 9. Similis evidentis *futurarum nuptiarum*, se prodit in iis, qui per alia legum impedimenta matrimonium contrahere prohibentur, qualis est praeses provinciae respectu mulieris Provincialis, quae eum uxor ei esse nequeat, sponsa fieri potest. *l.* 38. *de R. N.* Viduam eis annum luctus nubere cum nefas sit, desponsari non prohibet. *l*, 10. §. 1. *de his qui infam. not.*

4. Ad eamdem observationem refert hanc speciem Grotius, *Si quis nunc habeat conjugem, futuri matrimonii promissum ineat cum alia, lib.* 2. *de J. B. et P. cap.* 11. *n.* 8. *in fin.* ubi: Id jure naturali licitum, et lege civili utilitatis causa irritum fieri, docet. Si mera facultas naturalis et simplex jus sine comparatione τοῦ *hic et tunc* consideretur, nescio an forte ferri queat illa sententia. Sed ego probo, jus naturae non esse *nullo extrinsecus adsumpto aestimandum, sed etiam respectu aliarum personarum: ad quas, id, quod geritur, pertinet*, ut Tryphoninus docet in *l.* 31. *Depos.* Denique ejusmodi sponsalia quomodo cum individua animorum conjunctione, qua conjuges unum fiunt, consistere possent? Sed Gratius ad conjugii naturam, jure naturae et vetere divino nihilo plus exigit, *quam ut femina sit quasi sub oculis et custodia maris*, *d. lib.* 2. *c.* 5. *n.* 8. *in fin. et pr.* 9 cum quo forte non pugnent id genus sponsalia. Sed apage illam definitionem, et sponsalia, quae manifestum mortis adversus praesentem conjugem desiderium praeferunt et plerumque in adulteria desinunt! Ut in exemplo, quod Grammondus *Histor. Galli. lib.* 2. refert, Paulini et Panatiae, Roincsio nuptae; quae vivo illo, hu usmodi chirographo sponsalia futuri temporis, implemento praesenti obsignaverat. *Nos Rapistagnus vicecomes Paulini et Castelpersia de Panato, fidem mutuo adstringimus, matrimonio palam contrahendo, ubi primum occasio dabitur: Et quo plenior sit fides, quod item obligatio firmior, consummationem intercedere placet, ex pacto.* Subscriptum. *Castelpersia. Rapistagnus.* 1. *Januar.* 1616. Censeo, Regis Galliae consensu civili, sed etiam juri naturae consentaneum fuisse decretum; quo id utrique juri contrarium, et eaedem sponsorum in flagranti delicto a marito commissam, venia dignam videri, constituit. Longe aliam esse rationem sponsaliorum ante annum luctus, vel durante provinciae praefecture contractorum, res ipsa loquitur. et *diximus*.

5. (c) Sed Sponsalia quemadmodum de futuro sunt, non modo ab his, quibus nuptias contrahere non licet, verum etiam ab iis, quibus est in promptu illas actu inire, contrahuntur, ut ex ordinario spondendi more, quem ex Gellio et *l.* 2. *h. t.* demonstravimus, liquet. Plane, si pactum de nuptiis ineatur ab iis, quibus necdum est animus implere conjugium, ut vulgo fit, in diem et exitum rei futurae ac incertae: *Ducam te, cum Pater obierit; cux ex India reversus ero, et quae similia*; non minus est evidens futuri, a praesenti contractu matrimonii differentia. Verum undique etiam apparet, conventionem de Nuptiis praesentaneam et illico implendam, *sponsalia* a Romanis appellatam fuisse. Juvenalis *Sat.* 6.

Conventum tamen et pactum et sponsalia nostra
Tempestate paras.

Mox:

Et digito pignus fortasse dedisti.
Uxorem Postume ducis?

Omnia continuo: sponsalia, pignus, uxorem ducere; pluribus idem illustravimus *in lib.* 2. *Digress. cap.* 8. nihilque certius, quam tractatum

(c) *Pos.* 5. 6. *et* 7.

de matrimonio, pactumque de conditionibus matrimonii mox implendi, *sponsalia* vocari, ut indicat *lex ult. h. t.* Tamen etsi et talia saepe justis et necessariis de causis ad annum, biennium et quadriennium protrahantur, ob valetudinem, mortes, crimina, longioresque peregrinationes. *l. pen. h.* Sine justa vero causa, post biennium alteri parti, per quam non stat, ad alia vota transire licet, ut cautum est in *l.* 2. *C. h. t.* quod inde ab Augusti temporibus repetitum videtur, qui tempus sponsaliorum coarctavit, teste Suetonio *in vita ejus cap.* 34. quod explicat Dion. προσέταξε μηδεμίαν ἐγγύην ἰσχύειν μεθ' ἣν οὐδὲ δυοῖν ἐτοῖν διελθόντοιν γαμήσει τις. *Praecepit* Augustus, *ne ulla valeant sponsalia, nisi intra biennium postea duceretur uxor. lib.* 54. Quando igitur sponsalia contrahuntur ab his, quibus nondum est animus inire matrimonium, inquam, distinctio futuri temporis a nuptiis satis adhuc est conspicua.

6. Verum quia mos ordinarius sponsaliorum eo modo et hac mente celebrari solitus est, ut cum primum esset commodum, nuptiae sequerentur, saepe eadem die, sicut in comoediis Terentii Plautique passim videmus: satis est manifestum, inter sponsalia sive sponsiones uxorum ordinarias, atque ducendi uxores solemnitatem, nullam fuisse intermediam et distinctam de Nuptiis consensionem. Proinde nihil quam hae duae res, circa institutum nuptiale vel concipi, vel constitui potest, sponsalia, nuptiae, quae sunt ipsa uxoris ductio, sive actus vel ritus ducendi uxorem. Unde patet, quo sensu sponsalia dicantur esse mentio et repromissio *futurarum nuptiarum*; id est ducendi uxorem, qui ritus et actus solemnis erat, quo modo nuptias proprie sumi, docet Justinianus in *l.* 24. *C. de Nupt.* Futurae, inquam, nuptiae, post sponsalia nihil aliud esse possunt, quam uxoris ductio, sive ritus ducendi, quia nihil intervenit aliud. Quemadmodum et immediate, post sponsalia sequitur *titulus* de ritu nuptiarum. Hinc jam oritur non levis, ut mihi quidem videtur, aliis transmissa difficultas, quorsum evadant nuptiae, quae solo consensu perficiuntur, tot claris textibus proditae, quales sunt *l.* 30. *de R. J. l.* 15. *de C. et D. l.* 4. *de Fid. instrum. et l. pen. fin. pr. de Donat. int. Vir. et ux.* Sic enim verissime statuitur, neque concubitum neque deductionis ritum, ad nuptiarum, quae consensu fiunt, perfectionem, necessario requiri, ut a nobis ad *tit. I. de Nupt. in pr.* et latissime *part.* 2. *Digress. lib.* 1. *cap.* 11. *et seqq.* probatum est. Quod si igitur nuptiae a sponsalibus differant, ut omnino dicendum est, legesque adfirmant, signate *l.* 11. *h. t.* rogo, an consensus in nuptias fuerit distinctus a sponsalibus, et a ritu ducendi uxorem. Ejusmodi actus distincti nusquam, ut opinor, vestigia apparent, nihil praeter sponsalia ritumque ducendi, quem concubitus sequitur, proditum vidimus. Aut igitur sponsalia sunt idem cum matrimonio sive nuptiis, aut hae sunt idem cum ritu ducendi in uxorem. Utrumvis eligas, incommodum est et juri contrarium, ut antea diximus: intermedii autem consensus celebrati nulla mentio, λόγος οὐδείς, quod utique constet.

7. Putavi et scripsi antehac, sponsalia non esse proprie, nisi inter personas nuptiarum per aetatem aut ratione juris incapaces, vel qui longo tempore adhuc nuptias perficere non cogitabant; quae autem vulgo fierent sponsiones matrimonii quam primum implendi, pro nuptiis, quateous consensu fierent, esse habendas, idque probare videntur omnia loca, quibus post sponsalia, in continenti ductas vidimus uxores. Sunt, inquam, ejusmodi sponsalia contractus nuptiarum. Verumtamen quia nuptiae frequenter, pro ritu ducendi uxorem, vel actuali conjunctione sumuntur, *l.* 15. *de C. et D. l.* 24. *C. de nupt. et l.* 1. *h. t.* moris fuit, ut hoc respectu conventio illa de nuptiis, sponsalia vocata, de futuris nuptiis fieri diceretur, ut *d. lib.* 2. *cap.* 8 *et* 9. *Digress.* pluribus demonstratum est. (t) Nec dubium, quin illa conventio, quemadmodum hodie, sic etiam olim, verbis aliquando praesentis temporis expressa fuerit. Nam quibus animus erat sine longa mora procedere ad ipsum conjunctionis actum, sive illi dicerent, *promitto me in uxorem te ducturum, accepturum*, sive *Accipio, habeo te in uxorem*, fidem suam in nuptias sive matrimonium praesens obligabant; et quod ad vinculum obligationis attinet, eodem matrimonii contractu se obstringere videbantur: etsi veteres, quod constet in hac conventione plerumque verbis futuri temporis uti sint soliti, habita respectu ad actum conjunctionis, sine quo nihil egisse videbantur. Quemadmodum autem haec verba, Promittis? Promitto. Dabis? Dabo. *Facies? faciam*, praesentem et peremptoriam obligandi vim continent, §. 1. *Inst. de V. O.* sic etiam hujusmodi, *Ducam te, Nubam tibi, Dabo tibi uxorem, accipiam in uxorem*, ab his, qui nullum tempus adjiciunt, statim obligabant, neque plus moras

(t) *Hanc Auctoris sententiam perspicue refutavit Just. Henning. Boehmer.* tom. 4. jur. Eccles. protestantium lib. 1. tit. 1. §. 6. et 7. *et recte: licet enim ex hac promissione*: accipiam te in uxorem *praesens oritur obligatio, sicut ex stipulatione*, facies? Faciam, *tamen haec obligatio tantum est de matrimonio contrahendo, non ipsum matrimonium, inter quae multum interest, non minus quam intersit inter obligationem de faciendo, et factum ipsum.*

quam ferret apparatus nuptiarum, sine justis causis accipiebant. §. 2. *ad tit. Inst.* ubi: *confestim peti potest. l.* 17. *h. t.*

8. (d) Cum his conferenda breviter, quae jure canonico hac de re prodita sunt. Notum est hoc jure, quod in matrimonialibus maxime servatur, distingui sponsalia, quod sint temporis futuri vel praesentis. Futuri, quando contrahentes utuntur verbis futuri temporis, *Ego te recipiam in meam, et ego te in meum*, sive similia. Praesentis, quando sic ajunt, *ego te in meam accipio, et ego te accipio in meum*, vel alia verba consensum exprimentia de praesenti. *Cap. pen. X. de Sponsal. et Matrim.* Ab hac sponsaliorum utraque specie, differt matrimonium. *d. Rubr. et t. tit.* Diversitas nominum arguit diversitatem rerum. Ergo cum formula de praesenti purum in nuptias consensum exprimat, non videtur ex hypothesi juris pontificii, matrimonium simplici partium, licet puro consensu, perfici; verum aliud quod ad conjugii perfectionem requiri, copulam scilicet carnalem, et benedictionem sacerdotalem. Idem nec paucis ita visum est, jure canonum solo consensu matrimonium minime esse perfectum, sed concubitum atque Ἱερολογίαν ecclesiasticam accedere oportere, *ex c. Aliter caus.* 30. *qu.* 5. *Cap.* 13. *X. de Praesumpt.* Idque Tuldenus *ad tit. C. de Nupt. n.* 5. multo fortius tradit ex decretis concilii Tridentini *sess.* 24. *Cap.* 1. quod necessario vult adhiberi parochum viri aut feminae, aliumve sacerdotem ab illo, vel ab episcopo mandatum habentem, praesentibus insuper duobus testibus. Expeditum igitur erat hos quasi gradus constituere, sponsalia de futuro, *Ducam*; de praesenti, *Duco*; Matrimonium, *Copulor.* Sed quid facimus aliis textibus, qui de nuptiis ita prorsus, ut leges civiles, loquuntur? *Matrimonium non facit coitus, sed voluntas c.* 1. *caus.* 27. *qu.* 2. Alibi, *Matrimonium in veritate contrahitur per legitimum viri et mulieris consensum; C. tuae fraternitati.* 25. *X. de Sponsal.* Coitus post nuptias supervenire dicitur. *d. caus.* 27. *q.* 2. c. 35. *et seq.* An his adversantur textus antea monstrati, et derogatum est Tridenti? Non puto; de textibus citatis primo. In Cap. *Aliter.* Paranymphi quoque dicuntur adhibendi. In Cap. *qualis ibidem* dos requiritur. In Cap. *Sponsus*, ut prima nocte flos virgineus Sponsae relinquatur, et id genus alia. Non quicumque igitur ad matrimonium aliquid requiri dicitur, hoc statim ad perfectionem ejus est necessarium. De Tridentinis verum est, illos Ecclesiasticam celebrationem ad necessitatem matrimonii adhibuisse, non ad substantiam ejus addidisse; matrimonium in se perfectum est consensu; verum si consensus ille non celebretur in ecclesia, nullitatis poenam adjecerunt. Ipsum interim matrimonium voluntate partium solo contrahi, post concilium etiam Tridentinum docet Pius V. Pontifex in 7. *Decretal. lib.* 4. *tit.* 1. ubi sic ait: *Matrimonia per verba de praesenti contracta, non tamen consummata, interdum Sponsalia appellari.* Et mox, *Sponsaliorum appellatione non nisi improprie, matrimonium verbis de praesenti conceptis contineri.* Ex quibus clare patet; consensum purum de nuptiis per verba praesentis temporis expressum, hodieque secundum doctrinam juris canonici esse matrimonium, sponsaliaque appellari respectu implementi, in quo contrahentes summam rei votique sui concipiunt et constituunt.

9. Hactenus igitur juri canonico et civili bene convenit. Videndum in hoc ne discrepent. Jure priori promissio vel pactio conjugii, serio facta cum hoc animo, ut quantocius ad rem procedant, seu dicant, *accipimus*, sive *accipiemus nos invicem in uxorem, maritum*, quoad vinculum obligationis, ipsum efficit matrimonium ipsasque nuptias, ut *supra* demonstravimus. Canones aliter definiunt. Qui dixit, *Accipiam*, non tenetur, si postea rursus ad aliam dixerit, *Accipio*, *d. Cap. pen. X. de Sponsal.* Sed comparemus cum hoc textu alios; *Si quis juraverit mulieri legitimam sese eam uxorem* HABITURUM, *sit illa legitima uxor.* habetur in c. *si qui.* 9. *Q.* 5. *caus.* 30. Formula contracti conjugii. *Andreas; quod eam ab eo tempore pro conjuge teneret.* Ipsa Andreae; *Se illum pro marito* HABITURAM. Hi sunt vir et uxor, c. *ex Parte* 9. *X. de Sponsal.* praesentis et praeteriti temporis verba ibi promiscue sumpta faciunt matrimonium; ut parum absit, quin ita intelligamus: sensum potius et id quod agitur, quam tempora verborum inspici oportere.

Quoties igitur contrahentes jungunt fidem in conjugale foedus, et invicem promittunt, nunquam mutaturos fidem, neque alterum ab altero desertum iri, nulla causa est, non utique in flexione verborum, quare id pro vero matrimonio non sit habendum. Quid igitur *ad d. Cap. penult.*? Difficile dictu est, tantum in nuda terminatione verbi, *accipio* et *accipiam*, versari discrimen; sed videndum, quid agatur. Si quis leviter, nec id serio, ut conjugale foedus ineat, agens, dicat, *Accipiam te in uxorem*, vel ita, *si permittas, me rem tecum habere*, non est hic consensus, sed pactio futuri, merito a matrimonio differens. *cap.* 1. *X. de Sponsa duorum* At qui πραγματικῶς, data opera solemniter

(d) *Pos.* 3. *et* 4.

spondet, se Cajam in uxorem accepturum, pro tali habiturum, nunquam deserturum, *corde et ore consentiens ducere d. cap.* 1. hoc videtur esse foedus conjugale, vinculum matrimonii firmiter adstringens, per *dd. textus.*

10. Sed quidquid hac de re canonici statuant, juri communi et moribus, ni fallor, nostris, id quod diximus consentaneum est; effectum sponsaliorum, quae serio inita, nec ab ullius rei exitu suspenduntur, etsi verba futurum in modum concipiantur, non esse minorem, quam si praesentaneis verbis concepta fuerint. (2) Atque ita facile concedimus, quod Wissenbachius *ad h. t. in pr.* non tam e textibus juris, quam auctoribus et ipsa re suffragante, ponit; *in dubio sponsalia censeri esse de praesenti*, quia sive futuris, sive praesentibus sint usi verbis, obligatio inde praesens et peremptoria est ad implementum: possunt tamen ejusmodi esse facti circumstantiae, et personarum status, ut praesumendum sit, non fuisse animum immediate inire nuptias, sed in tempus longum incertumque differendi; cujusmodi sponsalia, respondimus nuper, in dubio visa fuisse, quibus adolescens XVIII. annorum, Lingae apud Scholam trivialem agens, promiserat nuptias cuidam puellae, quibus ideo dissolvendis facilitas major adhiberi potest, ut *inferius* videndum. Etsi autem quae in longius incertum tempus differuntur sponsalia, *de futuro* cum reali discrimine a contractu nuptiarum intelligamus, si tamen longius quidem sit tempus at certum, et promissio nuptiarum efficax et enixa; non est dubitandum, quin hic sit consensus nuptialis, et matrimonium in vinculo suo perfectum, adeoque sponsalia de praesenti quoad fidem obligationis, etsi futurum verbi tempus, praesenti anteverterit. Quippe per quam promissionem duo fiunt unum, eam ejusmodi esse oportet, ut nullam consensionem novam desideret, qualis haec posterior, non etiam illa prior esse videtur. Sed ordinariae desponsationes habent ejusmodi conjunctionem, quam non sequitur alia verborum nuptialis conventio: sed est ipsa conjunctio, *gaergifte*, ut vulgo sponsalia vocant nostrates. Nec unquam mihi vel populari existimatione, vel in peristyliis fori, aut in judicum consessibus, datum est animadvertere, discrimen aliquod reale poni in promissione, qua dictum erat, *Accipio te in uxorem*, vel pure et simpliciter, *Accipiam te in uxorem*: quod nec ratio, ut antea dixi, nec conventionis natura discrimen agnoscit.

11. Cum autem nihil in rebus humanis sit majoris in omnem vitam momenti, ratio vult, sponsalia non intelligi, nisi verbis indubitatis expressa et acceptata. Vaga et generalia verba, in re tanti momenti non sufficiunt, etsi alter dolo in illis proferendis sit usus: Quin eo longius a matrimonio res abest, quo magis dolosa verborum ambiguitas voluntatem abfuisse demonstrat, ut docet Pontifex in *cap.* 26. *in fin. X. h. t.* Exemplum in Curia Suprema: Erat, qui ad puellam a sese impletam scripserat, *se etiam atque etiam ei fidelem*, hou en getrou, *futurum, se nunquam eam deserturum.* Conventus inde quasi ex sponsalibus, cum ea verba se de ope, auxilio, alimentisque accepisse testaretur, absolutus est. *ante ferias Natal.* 1680. Antehac tamen aliquoties judicatum intelleximus, ejusmodi verba paulo ante, vel juxta concubitum prolata, matrimonii fidem inferre videri. Nec tamen non verius videtur, si vir declaret, ea verba se non de nuptiis, verum ut *superius*, intellexisse, non inferri matrimonium e dictis matrimonii mentione carentibus. Si quis dicat, fraudem suam, qua mulieri verbis ambiguis imposuit, contra ipsum interpretandam; respondetur, hujus fraudis aliam posse atque debere dari poenam, dolum non esse matrimonio mulctandum. Atque ita in ejusmodi casu visum Curiae. Cum puella quaedam adfirmaret, juvenem sibi fidem matrimonii dedisse, pauloque ante, vel juxta concubitum sibi promisisse *non fore ut unquam eam desereret*, absoluto reo sub juramento purgationis, disceptatum est, an juraturus esset tantum, se non dedisse fidem matrimonii, an vero etiam, quod non dixisset, *se nunquam eam esse deserturum.* Placuit prius, et posterius tanquam non peremptorium, insuper habitum est, *d.* 20. *Decemb.* 1679.

12. Probatio debet etiam esse clara et indubitata, sicut in aliis rebus, ita inprimis in tanti re praejudicii. Nec facile juramentum actrici ad supplementum probandi, plerumque reo ad purgandum se a suspicionibus offertur, velut, si mulier anulos, nummos solidos, aliaque viri quae fuerant, tanquam arrhae loco sibi donata ostendat, accedente licet probatione conversationis suspectae ut saepissime judicatum est, nec adeo exemplis opus sit, cujusmodi unum refert Nauta inter *Titiam Beima et Iohannem a Kingma*, *d.* 27. *Octobr.* 1638. Quod non tam ejus exempli causa, sunt enim quotidiana, quam ideo posuimus, quod idem Nauta quasi ex sententia Senatus ibi disserit, juramento suppletorio non fore locum, etsi ad illas praesumptiones unus accederet testis, qua de re dictum est aliquid *ad tit. de jurejur. p.* 393. *sq.* ubi

(2) *Falsitatem hujus sententiae perspicue ostendit Just. Henning. Boehmer* tom. 4. jur. Ecclesiast. protestantium lib. 1. tit. 1. §. 6. 7. et 8. *Recte monens*, consensum purum de nuptiis contrahendis, *non matrimonium facere, sed nuda sponsalia, quae quoad effectus plurimum a nuptiis differre docet, simulque lectorem remittit ad dissertationem suam de* divers. sponsal. et matrim. jur.

Carpzovii in utramque partem auctoritas: de uno scilicet teste simpliciter: si tamen is omni exceptione major esset, aliaeque praesumptiones accederent, non negem fieri posse, ut, ubi juramentum suppletionis usu receptum est, judex id actori vel actrici merito deferendum putaret.

13. *Porro* ut obligent sponsalia, oportet acceptata sint, quia sunt *mentio et repromissio*, *l.* 1. *h.* ita tamen, ut stipulatio, sive praecedens interrogatio, duret ac vim habeat acceptationis, §. 1. *et tot. t. I. de V. O.* nec ab eo tempore conventionis perfectae datur retractatio, sed necessitate uterque obstringitur. *pr. I. de Obl.* Quare si vir rogaverit, mulier adstipulata sit, non datur inde regressus; multo minus, si vir in signum interrogationis dederit arrham: qua de re judicatum extat apud Nautam hujusmodi. Quidam *Egbertus Jepaei*, dederat arrham sponsalitiam filiae cujusdam *Cornelii Wobbesii*, sub lege deliberandi, pro se et parente suo. Post arrham traditam *Egbertus* statim poenitentia ductus fuerat. Sed puella cum patre conditionem acceptaverant, nuptiasque adimpleri petebant. Ille tergiversari, nolle adstipulari, contendere, se nec teneri sine novo adsensu. Condemnatus est tamen. *d.* 15. *Julii* 1636. Nauta videtur in ea sententia esse; virum arrha data pro sua parte omnino teneri, nec posse retractare priusquam mulier arrham et sponsalia acceptet, aut renuens reddat. Sed verius est, tam jure civili quam naturali, neminem habere jus ex promissione, nisi post acceptationem, sive reciprocum consensum, nec arrham datam aliud addere, quam certitudinem obligationis, cujus est accessio, non obligationis perfectio. Quare si *Egbertus* ante puellae et patris acceptationem revocasset suum dictum interrogationis et renunciasset sponsalibus, puto, condemnari non potuisset; si et renunciasset, inquam: nam revocatio non certificata nihil operatur; sicut illius probatio, quod coram aliis poenitentiam testatus esset, ut Nauta refert, merito non profuit, eodemque modo non sufficit, acceptationem a muliere, viro ignorante, esse factam: consensus ab utraque parte non aliter quam in conscientiam coalescit. Grotius de *J. B. et P. lib.* 2 *cap.* 11. *n.* 14. *et* 15. Quod autem *sectione* sequenti Grotius addit, promissum ante acceptationem revocari posse, non modo sine injustitia, sed etiam sine inconstantiae nota, pendet a singularibus facti, et a causa mutationis impulsiva; saepe enim in aliam crisim incidunt ejusmodi specimina.

14. Consensus etiam respuit INVITUM. Quod duplex Philosophi tradunt, per vim et per ignorantiam. Per vim invitum est, οὗ ἡ ἀρχὴ ἔξωθεν *cujus principium est extra agentem ut nihil, qui agit aut patitur, adjumenti adferat*, velut si alius te, arrepta manu mea, pulset, ego invitus ago. Sed quae majoris mali metu fiunt, mixta dicuntur, ut tamen proprius ad voluntaria accedant, *μᾶλλον ἐοίκασι τοῖς ἑκουσίοις*, ait Aristot. 3. *ad Nicom. c.* 1. Priori modo fieri non potest, ut sponsalia ab invito contrahantur; posteriori, ut metu mortis inita, naturaliter valent, quia consensus hic *μετὰ προαιρέσεως*, cum deliberatione et electione adest, ut Philos. docet: vicissim ille, qui metum injustum intulit, cum damnum injuria dederit, eum, qui obligatus est, si promisso stare nolit, liberare tenetur. Grot. *l.* 2. *cap.* 11. *num.* 7. Secundum haec jure civili, etiam is, qui per metum contraxit, obligatur et convenitur; sed petentem exceptione repellit, quae non modo metus auctori, sed cuivis alii obstat, quia expedit, ea, quae per vim contrahuntur, prorsus irrita esse. *tot. tit. D. Quod met. c.* Sed extra contractus, quae vi illicita fiunt, ut omnia quae cum legibus pugnant, sunt ipso jure nulla. *l.* 5. *C. de LL.* (e) Proinde cum Sponsalia et nuptiae contractuum jura non censeantur, ut *ad tit. I. de Nupt. a pr.* demonstratum est, nec ita Praetoris edictum ad eas spectet, sequitur, vim et metum eas civiliter nullas reddere, scilicet vim metumque injustum accipe, non quem paterna reverentia liberorum verecundiae impressit *l.* 22. *de rit. nupt.* Sunt, inquam, nullae; et jure canonico, c. *significat exter. c.* 14. *et* 25. *de Spons.* et civili, *l.* 14. *C. de Nuptiis, et d. l.* 22. ubi, *matrimonium inter invitos non contrahitur.* Quin et dotis promissio metu facta, ut appendix conjugii, non videtur rescindi, ut caetera, sed ipso jure nulla esse. *l.* 21. §. 3. *Quod met. c.* Dix. *ad tit. Quod met. c. n.* 3. *pag.* 191. *Part. praec.*

15. (f) Alteram inviti speciem, constituit error et ignorantia τῶν καθ' ἕκαστα, ἐν οἷς καὶ περὶ ἃ ἡ πρᾶξις, *ignorantia singularium, in quibus et circa quae negotium vertitur*, ait Arist. *eod. cap.* Cum quaeritur, an error nuptias reddat nullas, distinguendum haud dubie inter ea, quae necessaria sunt, et quae abesse possunt. Ad necessitatem pertinet consensus circa ipsos contrahentes tam personas eorum, quam essentiales conjugii qualitates. Qui aliam pro alia ducit, procul dubio nihil agit, nec tenetur, *arg. l.* 35. *de A. R. D. l.* 15 *de Jurisd.* licet Jacobus Patriarcha imponi sibi passus sit *Genes.* 29. Idem est, si per aetatem immaturam, aut vitium corporis perpetuum, faciendae proli alter ineptus, aut conditionis servilis, aut prohibito gradu sanguinis reperiatur. Quae cum ipsam facultatem conjugii tollant, consensum quoque mutuum sine dubio extinguunt.

(e) *Pos.* 3. *tit. seq.* (f) *Pos.* 4. *tit. seq.*

16. Sed error accidentalis in rebus, quae essentiam matrimonii non spectant, non est obligationi sponsaliorum impedimento. Ut si quae deformis est, pulchram putaveris, si inopem, si lascivam, vel imperiosam, pro divite, aut modesta experiare. Quid si pro virgine corruptam? Essentialis non est error, nec matrimonium facit nullum, * nisi repudii causam praebeat. *Deuteron.* 22. *v.* 21. *Nov. Le.* 93. de quo *inferius.* Quid si falsa opum, formae, aut morum opinio, per dolum alterius causam nuptiis dederit, quae alioqui contractae non fuissent, an tunc saltem vitiantur, uti contractus bonae fidei, quibus dolus causam dedit, sunt nulli? *l.* 7. *de dol.* Sic multis videtur, non absurde. Nam promissio fundata in praesumptione facti, quod ita non habet, naturaliter est nulla; est enim hic consensus quasi conditionalis, qui deficiente conditione, non est consensus, ut docet Grotius *l.* 2. *c.* 11. *n.* 6. Si quis igitur dolo et fraude mala persuasus; (secus si temere crediderit,) bene natam, moratam, dotatam esse, in qua contra sunt omnia, et in nassam sit tractus, cum nec res nec animus ferret ducere talem, is teneri non videtur, per ea quae Grotius tradit *d. num.* 6. Quid de nuptiis, quas non δι' ἄγνοιαν, *per inscientiam*, sed ἀγνοοῦντες, *ignorantes* contrahimus, ut per ebrietatem, vel amoris insaniam? Sane si quis tam sit ebrius, ut ea, ἐν οἷς ἡ πρᾶξις, *in quibus actio versatur*, et de nuptiis se loqui ignoret, is non magis, quam qui furit, tenebitur, et actio est invita, modo poeniteat. De amore secus est, τὰ γὰρ ἀκούσια λυπηρά, *invita sunt tristia*, τὰ δὲ καθ' ἐπιθυμίαν ἡδέα, *quae per cupiditatem, suavia.* Adde quod nuptias amor conglutinet, adeoque principium actionis hujus maxime a cupiditate sit. Ἄτοπον δὴ τὸ τιθέναι ἀκούσια ταῦτα, *Absurdum igitur, hoc invitum statuere*, est doctrina Arist. 3. *ad Nicom.* c. 1. *sub. fin.*

17. Plane si per modum conditionis expressae adjecta sint talia, quae ad essentiam matrimonii nullo modo pertineant, hujusmodi tamen deficiente conditione, non est dubium, quin obligatio deficiat, *c. de illis.* 3. *c. super eo.* 5. *X. de Condition. appos.* quia generaliter verum est, promissiones sub conditione quacunque factas, spem facere dumtaxat, si conditio existat obligationis. §. *sub. conditione.* 4. *I. de Verb. obl.* Sed heic bene distinguatur oportet, inter conditionem, a qua suspenditur obligatio, et modum, quo usus negotii, de quo contrahimus, limitatur, et per quem aliquid ipsi rei superadditur. Huc pertinet facti species apud Curiam olim decisa, teste Nauta *Decis. Ms.* 42. Contraxerat aliquis sponsalia cum puella, cui vitium a famulo suae domus illatum fuerat. Consenserat illa, sub hac lege, ne unquam sibi vir illud transversarium exprobaret; quod is in se receperat. Sed non steterat dictis: objecerat dedecus illud, etiam apertius quam res erat, *meretricem* appellando durante adhuc festivitate sponsaliorum. Hanc ob causam sponsa negabat adimplere matrimonium; Sed aliter visum est Curiae. Nauta rationem reddit, *quia conditio illa non spectabat ad essentiam matrimonii.* Sed minus recte opinor; Quia tametsi quis sponsalia contraxerit, *si pura virgo, si nobilis, si decem millia in bonis habeat*, non tenebitur ad implendum, si res aliter se habeat, conjugium; quia non consensit aliter quam sub illa conditione, nec absque consensu contrahitur matrimonium. Verius igitur est, sponsam in illa specie non potuisse recedere a sponsalibus, quia non erat illa conditio suspensiva, sed erat *modus, promissio*, cujus neglecti alius, quam nota perfidiae, et imploratio aliqua Judicis officii, effectus esse non poterat, de quibus est paraemia vulgi, hujus sent. *Quando sponsa est in nassa, pereunt promissa.* Porro et hoc tamen interesse videtur inter veras conditiones, matrimonio et aliis contractibus adjectas; quod illud non recipit conditiones resolutivas, extra causas, quibus leges id resolvi permittunt. Satis enim constat, id contrahi quidem hominum voluntate, sed non resolvi, nisi legibus a Christo Domino latis. In emptione venditione, *si pretium non solvatur, si melior conditio adferatur*, res inempta fieri potest. Nupta sub lege commissoria, vel addictione in diem, non potest innupta fieri.

18. Haec igitur est forma sponsaliorum interna, *Consensus*, eo modo quo diximus, expressus. De forma et ritu externo sponsaliorum, non datur locus heic agendi, pertinet ad historiam Romanam, et videndi, qui ex professo de illis egerunt, Brissonius, Hotomanni, aliique antiquitatum commentatores. Nonnulla et a nobis observata sunt *in part.* 2. *Digress. l.* 1. *cap.* 12. Jure novo summa simplicitas hac parte viget; praeter consensum nihil solemne, nihil adscititium, ** ne praesentia quidem partium. *l.* 4. *h.*

* Facit tamen nullum in Saxonia, si vitio cognito non accesserit ratihabitio, v. gr. per concubitum, ut etiam praejudicio firmat Ill. Mencken *in Theor. et Prax. Pandect. tit. de Ritu Nupt.* §. 30. Conf. quae habet Beyerus in *Volkm. Emend. P. III. c.* 36. *n.* 3. 4. 5.

** Jure Canonico et Saxonico vero praesentia duorum testium requiritur, unum testem adhibuisse non sufficit. *Ord. Eccl. Sax. El.* rubr. gen. *Von-Ehe-Sachen.* Spec. *von Ehe-Gelobnissen.* §. *wo auch* conf. Carpz. *Jur. Cons. l.* 2. *d. f.* 35. Id. *l.* 5. *Resp.* 109. Heig. *P.* 1. *qu.* 22. *n.* 35. ubi tamen Parentum testimonium non negligi, patet ex eod. Carpz. *P.* 1. *C.* 16. *def.* 40.

Arrhae solent quidem in sponsalibus adhiberi, sicut olim ex Juvenali *supra*; Ast *digito pignus fortasse dedisti.* et vulgo inter eos arrha major aut minor, pro viribus sponsi datur, quae apud nuptam relicta pro sponsalitia largitate, de qua *inferius*, habetur. Verum hae arrhae adeo non sunt necessariae, ut ab honoratioribus amplius in contrahendis sponsalibus non usurpentur.

19. Effectus sponsaliorum erat olim, ut actio inde ex sponsu daretur, in eum, per quem stabat quominus uxor duceretur, in id quanti interesset, ut Gellius ex veteribus tradit in *lib.* 14. *noct. Att. c.* 4. Quae nec repudiorum licentia postmodum introducta, de qua *infra*, cessare videtur. Alia quidem nulla datur in recusantem actio. *l.* 2. *de Divort. l.* 1. *C. h. t. l.* 2. *C. de Repud.* Quominus autem poenae in stipulatum deductae nomine possit agi, cum causa utique honesta sit, nihil est dubitandum, secus ac aliis visum, abusis *l.* 71. §. 1. *de C. et D. l.* 2. *C. de Inutil. stipul. l.* 134. *de V. O.* quae docent, libertatem conjugii a tertio poenis adstringi non posse; quominus ipsi promittentes se poena pecuniaria ad fidem liberae conjunctionis praestandam obligare queant, nihil toto jure est impedimento. Postquam Christianorum populi repudiis repudium miserunt, revixit actio ex sponsu sive contractu nuptiali, non modo ad aestimationem litis in id quanti interest, sicut olim, verum ad ipsum matrimonium adimplendum; cujusmodi sententiam executione non destituendam esse, justitiae vigor postulat. Est tamen ubi ad executionem sententiae tam rigidam non procedatur, *ut invitus aliquis aut invita, nuptiis in Ecclesia ipso actu celebrandis adigatur. Cap.* 17. *X. de Sponsal.* Apud nos autem illuc usque proceditur; ut qui condemnatus est, per executorem publicum ducatur in templum, ibique ceremoniis et promissione solemni defungatur, exemplis affatim existentibus; domumque ducat, aut ducetur. Quaesitum est, an is, qui sponsalia futuri temporis contraxerat, sub hac conditione, *ne mulier ipsum in judicio conveniret, quamdiu non ambiret aliam mulierem nuptiarum causa*; numquid etiam prius, non obstante illa stipulatione, conveniri posset. Respondi, posse, quia conditiones matrimonio adversantes, qualis haec erat, pro non adjectis habentur, *c. ult. X. de Condit. appos. in desponsat.* praesertim quia post sponsalia puro contracta, haec conditio deinceps erat adjecta, *ut in illa quidem specie facti, de qua consultus fui non dudum, evenerat.*

20. Ex his omnibus discrimen sponsaliorum et nuptiarum satis intelligitur. Sed repetam. Quod ad consensum attinet, parum abest, quin sponsalia ordinarii usus cum matrimonio conveniant; in his, quae ab actuali conjunctione et cohabitatione pendent, differunt. A consensu in nuptias est, quod socer et socrus, gener et nurus statim e sponsalibus appellantur, *l.* 6. §. 1. *et l.* 8. *de Grad. et adfin.* quod tamen usu loquendi hodierno aliter obtinet. Quod bina sponsalia simul contracta, infamiae poenam merentur. *l.* 1. *de His, qui not. infam.* Quod prohibitiones nuptiarum ad sponsalia quoque pertinent. *l.* 15. *et l.* 16. *h. t.* Quod Sponsa adulterium committat; sponsus de adulterio sponsae jure viri agere possit. *l.* 13. §. 4. *et* 8. *ff. et l.* 7. *C. ad L. Jul. de Adult.* quod sponsus aeque ac maritus, de injuria sponsae illata agere potest. *l.* 15. §. 24. *de Injur.* juncta *l.* 1. §. *ult. eod.* Hoc denique et ex *supra dictis* patet, quam inter se coincidant ordinaria sponsalia et matrimonium, adeo ut Leo et Athenius narrent, Nepotianum magistrum Dalmatiae consultatione sua, et litigantes apud illum diversis juris lectionibus, et legibus utrinque prolatis, disputasse, idem esse maritum et sponsum, in *l.* 5. *C. de bon. quae lib.* Quin et aliquando sponsus ac sponsa praesumebant, ea, quae ad cohabitationem respiciebant; saepe enim sponsus bona suae sponsae administrabat, ut ex Dione *lib.* 54. colligitur, ubi Constitutio Augusti, de Sponsalibus intra biennium in Nuptias convertendis, refert, ei fuisse additum, *δεκέτιν πάντως ἐγγυᾶσθαι τόν γε τί ἀπ' αὐτοῦ ἀπολαύσοντα*, *Decennem omnino sponsam esse oportere, si sponsus aliquid de bonis ejus percipere vellet*; Antea dixerat; *εἰ ἐγγυώμενοι τὰς τιμὰς τῶν γεγαμηκότων ἐκαρποῦντο. Sponsi fructus de censu nuptarum*, (sic enim et ille promiscue) *percipiebant.* Sane dotem saepe illis prorogatam fuisse, liquet ex *l.* 24. *de Jur. dot. l.* 17. §. 1. *de Reb. auct. Jud. possid.* quae et privilegium nuptae ad illam extendunt, quod confirmatur in *l.* 5. *C. de Bon. quae lib.* ubi, quod de fundo dotali in nuptarum gratiam statuitur, ad sponsas extenditur, laudata sententiae auctore Juliano, quam et Gajus tradit in *l.* 4. *de Fund. dot.* Habent sponsae eandem actionem, idem privilegium exigendi ante alios creditores, eadem est prohibitio de fundo dotali non alienando. *dd. ll.*

21. Quid ergo de hypotheca et privilegio inter hypothecarios, quod datum est pro dote nuptis in *l. ult. C. qui pot. in pign.* licetne ad sponsas, quae dotes prorogaverint, extendere? Videbatur ita *ex arg. Legum praedictarum.* Attamen communiter non fit. Omnes, sponsae pro dote prorogata privilegium inter personales dumtaxat adscribunt, ut vidimus ad *tit. Qui potior. in pign. n.* 38. Forte, quod Justinianus hanc hypothecam et privilegium ad cohabitationem conjugalem retulit his verbis,

d. l. ult. §. 1. *Quis enim earum non misereatur, propter obsequia, quae maritis praestant, propter partus periculum, et ipsam liberorum procreationem?* Sic etiam ad cohabitationem pertioet societas lucri et damni, quae est ioter conjuges, ut traditum ad *tit. de Societate sub fin. Part. II. p.* 476. *et seq.* Sand. *lib.* 2. *tit.* 5. *def.* 1. Quod etiam uxor virum lugere debet, com ad corporum conjunctionem respectum habeat, sequitur, in sponsis non habere locum. *l.* 9. §. 1. *de his, qui not. inf.* Sed de lucris et liberalitatibus quaeritur, oo quae nuptis concessa, sponsis jure acceptis etiam debeantur. Et quidem de doostiooe proditum est discrimen, quod ioter virum et uxorem prohibita, liceat tameo inter sponsos. *l.* 32. §. 27. *de Donat. int. Vir. et Ux.* An inde sequitur, commoda nuptarum sponsis quoquo oon deberi? Inde equidem hoo noa sequitur. Leges enim *supra* citatae spoosas in favorabilibus aequant nuptis; Id noo tollitur ex eo, quod in poenalibus atque odiosis separeutur. Successionis ab intestato fundameotum est jure civili, voluntas et favor defuncti. Coojuges deficiente omni sanguinis linea, vocantur ex affectione defuncti. *l. un. D. et C. Unde Vir et Ux.* Ea res ooo habet respectom ad cohabitationem vel corporum conjunctionem. Atqui affectus erga spoosam noo est mioor quam io uxorem. Non erat igitur absurdum, edictum *Unde Vir et Uxor*, extendere ad sponsas. * Idem de lucro dotis et donationis propter nuptias, lege quorundam locorum competentis, videtur Costalio ad *l.* 1. *h. t. et l.* 5. *de Donat. int. Vir. et Ux.* Alber. Gentil. 2. *de Nupt. c.* 23. et aliis. Plerique tamen io legibus et contractibus mariti et uxoris nomioe sponsas, juris et populari usu ab illis discretas, non contioeri statuunt, sed opus esse ritu ducendi uxorem, ut fuisse dicantur et iotelligaotur uxor atque maritus. *l.* 24. *C. de Nupt* cui accedit, quod dos, cui donatio propter nuptias respondet, respectum ad ooera matrimonii habet. *l.* 20. *C. de Jur. dot.* Suot Auctores et populi, qui copulam iosuper hymenael exiguot, ut commoda nuptarum adquirantur, adeo ut si in festivitate nuptiali sponsa decesserit, nec uxor fuisse, nec commodis nuptarum gaudere judicetur. Sed hoc quidem juris textibus adversari videtur. *l.* 30. *de R. J. l.* 15. *de C. et D. l.* 24. *C. de Nupt. l. pen. C. de Don. int. V. et Ux.* Mores Gentium, ut dixi, variant, teste Moruac. ad *l.* 7. *de Rit. Nupt.* Lamb. Goris *advers. tract.* 1. *cap* 2. Wissenb. *ad h. tit. th* 2 ubi et Sandium citat ex *lib.* 1. *tit.* 5. *def.* 1. qui tantum de initio lucri et damoi loquitur; quod cum sit ex *collaboratione*, ut citat ex Capit. Caroli Magoi, merito inde suspicamur. Plus momeoti habet haec quaestio, in locis, ubi commuoio booorum universalis iode ab ioitio matrimonii stabilitur, de qua specie tractat elegaoter *d. loco* Goris. Sed pergamus ad Nuptias.

TIT. II.

DE RITU NUPTIARUM.

I. Justae nuptiae et uxor injusta bifariam acceptae. II. Olim uxorem usu captam non injustam, sed justam et Matremfam. fuisse. III. Consummatio matrimonii primo in promulgatione. IV. Ante Promulgationem inquirendum, an personae sint capaces, ratione consensus eorum in quorum potestate sunt, ubi de Consensu. Parentum Jure Canon. et Naturali. X. De ratihabitionis effectu, remiss. *Responsio ad objectiones. VI. Filiam majorem annis* 25. *non eximi patris consensu. VII. Quod hac parte Jure Frisico. VIII. Ad* Lib. 1. Stat. tit. 1. art. 6. et 7. De Coosensu matris. *IX. Et* Curatorum. *Ubi de abusu potestatis Curatoriae. X. Sufficere tacitum Consensum. XI. De celebratione* Ecclesiastica. *XII. De concubitu. Unde aetatis discrimen. XIII. Cum incapace procreandi sobolem, non consistere matrimonium. XIV. De visitatione et congressu. XV. An senectus prohibeat a Nuptiis. XVI. Remissio ad caetera.*

(a) Argumentum hujus tituli late prosecutis *ad tit. Inst. de Nupt.* beio manu cootractiore spicilegium, ut diximus, colligeodum, dicta saltem ut non repetaotur, idque secundum requisita nuptiarum, quae a legibus praescripta, ut justae Nuptiae fiant, *loco citato* exposita et illustrata suot. Operae pretium est scire, quid sint *justae* nuptiae. In promptu est

(a) *Pos.* 1.

* Jure Saxonico, neque sponsus, neque sponsa quidquam, vel ex pactis dotalibus, vel statuto aut consuetudine loci, aut juris communis dispositione lucratur, nisi conscensio thalami accesserit. *Const. Elect.* 19. *P. III.*

Justiniani responsio. Sunt ea, quae *secundum praecepta legum* contrahuntur, *pr. Inst. de Nupt.* Adversus quae si qui coierint, neo vir, neo uxor, nec matrimonium intelligitor. §. *pen. I. de Nupt.* Proinde quae contra leges ducta est, hanc *injustam* vocari oxarem sequitur. Opponitur; quae non est uxor, sive quae contra legum praecepta ducta est, non fit adultera, qood supponit nuptias, nec adulterii potest accusari *l.* 13. §. 6. *ad L. Jul. de Adult.* Atqui *injusta* oxor etiam jure viri potest adulterii accusari. *d. l.* 13. §. 1. Quare sciendum, justam injustamqoe uxorem bifariam somi. Primo, ut dictum est; secundo, pro solemniter, non solemniter ducta. Priore sensu Justinianus loquitur in *d. princ.* et Probus in *l.* 9. *C. de Nupt.* ubi *Justa uxor* quae domi cum affectu maritali, liberorum procreandorum causa habetur. Quintilianus *lib.* 5. *cap.* 11. Nihil obstat, quominus *justum matrimonium* sit, *mente coeuntium*, etiamsi tabulae signatae non foerint etc. Suetonius de Vespasiano *Antoniam libertam quondam dilectam, revocavit in contubernium, habuitque etiam Imperator pene* justae uxoris *loco. cap.* 3. Ovidius *noto versu.*

Quos facient justos ignis et unda viros.

Rursus, quando solemnis doctio per aquam et ignem in domum mariti omittebatur, haec erat *injusta uxor*, uti fiebat, quando quae prius concubina fuerat, affectione, titulo et dignatione maritali honorabatur, vel quoties furtivi amores nuptiis conglutinabantur, ut apud Terentium Demea ad filium, amasiam poerperam et sibi desponsatam domum ducere volentem:

Vin' tu huic seni auscultare? Quid? Missa haec face,
Hymenaeum, turbas, lampadas, tibicinas,
Atque hanc in horto maceriam jube dirui,
Quantum potest, huc transfer, unam fac domum,
Transduce et matrem et familiam omnem ad nos.
Satius hoc,
Quam illam puerperam nunc duci huc per viam.

Hujusmodi uxor *injusta* vere tamen oxor erat, adulterii et accusationis jure viri capax. *d. l.* 13. §. 1. Sed altero sensu *injusta uxor*, contra leges ducta, non erat uxor, nec adulterii habilis, *d. l.* 13. §. 6. quod imposuit Cujacio *lib.* 3. *Obs. cap.* 9. putanti uxorem *injustam* esse, apud Ulpianum *d.* §. 1. quae sine consensu patris ducta sit: ipse agnovit errorem et retractavit *l.* 6. *obs.* 5. Haec sane et *injusta* dici potest, ut testamentum *injustum*, quod non jure factum est, neque valet, *l.* 1. *de Injust. rupt. irr. f. testam.* sed priore sensu *in d. l.* 13. §. 1. vox *injuste* non admit, sed limitat uxoriam qualitatem.

2. Cicero in Topicis: *Genus est uxor, ejus duae formae. Una matrum familiarum. Hae sunt, quae in manum convenerunt; altera earum, quae tantummodo uxores habentur.* Hinc Brissonius *lib sing. ad L. Jul. de Adult.* uxorem *justam* ait esse, quae in manum convenit; injustam, quae usu habetur. Conventio in manum fiebat ritu coemptionis, quando maritus uxorem quasi emebat certis verbis coram testibus decem, adhibito farre, onde *confarreatio* hic ritus, apud Ulpianum *tit.* 9. per illam cum omnibus suis bonis in mariti potestatem transibat, ut Cicero *ibidem.* Erat quasi adoptio, quam per modum emptionis celebratam fuisse constat, et diximus in *lib.* 1. *Digress. cap.* 4. *n.* 4. Servius ad hunc versum Virgilii: *Teque sibi generum Thetys emat omnibus undis. Quod ait*, EMIT, *ad antiquum nuptiarum pertinet ritum, quo se maritus et uxor emebant.* Mulier empta sic erat viro *filiae loco*, scribit Boetius *in Top. Ciceronis.* Verum ut dominia rerum non modo per mancipationem, sed etiam usucapione adquiruntur, ita potestas maritalis in personam et res uxoris, praeter coemendi ritum, etiam usu capiebatur, scilicet usu anni non interrupto, quod spatium rebus, quae moveri poterant, erat praescriptum, *pr. I. de Usucap.* idque in uxore perinde fuisse observatum, patet ex Gellio *lib.* 3. *cap.* 2. *sub. fin.* Quod si ante finem anni usucapio interrupta fuisset, uxor non erat in manu mariti. Interruptio fiebat *trinoctio*, ex lege XII. tab. quo intra annum a viro, si in manus ejus cum bonis suis esse nollet, secubare debebat. Interruptio usucapionis vocatur usurpatio. *l.* 2. *de Usurpat. et Usucap.* Hinc mulier per illud trinoctium *usurpata* dicebatur; quo pertinet quaestio ex Scaevola apud Gellium *dicto loco* tractata, possetne usurpari mulier, quae intra triduum ante finem anni a Viro secesserat. Alia igitur est usucapta, vel usu habita uxor, et alia est usurpata; opponuntur sibi invicem. Quae usu capiebatur, aeque erat in manu mariti, quam coempta, sicut usucapio aeque dominium tribuit, quam emptio. Sed usurpata subduxerat se potestati maritali, ut esset quidem uxor, non tamen justa oxor pleno jure, sive materfamilias. Non igitur haec erat *injusta* oxor, quae usu habebatur et capiebatur, ut Brissonius, sed quae usurpata erat, inquam. Usu habita uxor, post annum quoque in manum convenisse dicebatur, ut docet Cicero *pro Flacco*, quem locum in hujus rei argumentum adduximus et illustravimus *Part.* 2. *Digress. lib.* 1. *c.* 17. *n.* 5.

Summa huc redit. Justam uxorem, id est matremfamilias, olim fuisse, quae in manum viri convenisset, coemptione, vel usu annali, eine usurpatione trinoctiali; injustam, id est uxorem tantum, non matremfamilias, fuisse primo, quae aqua et igni quidem accepta, sed non coempta, nec usucapta, sed usurpata erat; dein, quae ne solenniter quidem ducta, sed domi cum affectione maritali habita fuerat. Postremo *injustam esse* uxorem, quae nec uxor quidem est, ut sunt omnes contra legum praecepta ductae. *d. pr. et* §. *pen. I. de nupt.* Deductio igitur in domum mariti, non fuit necessaria ut *uxor*, sed ut *justa* uxor fieret, adeoque ad substantiam matrimonii non pertinebat, ut diximus ad *tit. I. de nupt. n.* 2. copiuse *in Part.* 2. *Digress. lib.* 1. *C.* 11. *et seqq.*

3. Sed illa fere ad jus antiquatum pertinent, quemadmodum requisitum Civitatis Romanae, *de quo ad Inst. num.* 7. unde et do caeteris requisitis dicta non repetemus; verum quid ad nuptias atque ad Justas nuptias, ut hodie sunt receptae, requiratur, quatenus in *parte priore* dictum non est, videbimus. Post contractum matrimonialem, quem ad sponsalia retulimus *tit. praeced.* sequitur consummatio, quae, ut hodie res habet, ad duo capita referri potest ad celebrationem publicam, et ad concubitum atque cohabitationem, quorum occasione articulorum, quae de requisitis nuptiarum indicta *ad Inst.* occurrent, considerabimus. Sponsalibus contractis, ubique juris et moris est, ut contrahentibus, antequam ad concubitum et cohabitationem procedant, promulgationem petant Sponsaliorum trinis fere vicibus, * in eum finem, ut hi, quorum interest, se nuptiarum implemento, ex causis legitimis opponere possint. Promulgationem sequi debet celebratio et benedictio ecclesiastica. Neglectae promulgationis, pro moribus gentium, variae sunt poenae; apud nos est mulcta duodecim florenorum in primum, vigioti quatuor in secundum, et poena arbitraria in tertium neglectum, tribus septimanis inter singulas vices interjectis, 1. *Stat.* 1. *artic.* 11. ubi petitio promulgationis fieri dicitur apud ministros ecclesiae, vel apud judices; quod ad *praeced. artic.* respicit, ubi distinguuntur reformati ab heterodoxis; ut illi ecclesiasticas, hi judiciales adhibeant promulgationes. Utrisque injungitur, ut si qua difficultas juris indicat, ad Curiam Supremam se referant. *d. art.* 12. Ex quo dicendum videtur, hujus rei prima instantia, notionem ad ecclesiae ministros spectare: quod est pontificii juris vestigium, a plerisque protestantibus recepti, ut causae matrimoniales sint jurisdictionis *consistorialis*, ut haec tamen a summa potestate dependeat. Supremae igitur Curiae decretis ecclesiastae parere debent, salva ipsis censura morum; sed promulgationem e Curia concessam si recusent, remediis praeturiis compelli possunt; quod experti sunt ecclesiae cujusdam civitatis in Frisia pastores, qui par hominum, qui per Curiae sententiam conjuncti fuerant, e cathedra promulgare nolebant, hanc jurisdictioni civili non esse subjectam, arbitrati. Sed modum agendi, qui est ecclesiasticus, a jurisdictione dividere docti sunt, evocati post aliquot irritas jussiones, et parere coacti, anno 1681. Caeterum, in plerisque Belgii civitatibus promulgationis venia petitur a magistratibus, etiam inferioribus, ut ecclesiasticis nudum promulgandi ministerium relinquatur.

4. Injungitur magistratibus et ecclesiasticis, ut in personas promulgationem petentes inquirant, an nuptiarum capaces sint, eum ratione consensus eorum in quorum potestate sunt, tum sanguinis et honestatis respectu; de quibus rebus ad Institutiones actum non agemus, sed intacta delibabimus. Quod ad consensum ipsorum contrahentium attinet, bunc ad sponsalia retulimus. De consensu parentum, juris civilis ** requisitum executi sumus *ad h. tit. Inst.* Jura canonum inter se parum convenire, diximus, et textus in diversum euntes citavimus *num.* 9. Quos ita plerique conciliant, an committunt; de honestate parentum quidem consensum requiri,

* Ita nostro quoque jure cautum, proclamationem Ecclesiasticam desponsatorum, fieri debere tribus vicibus, *Art. Gen.* 13. §. *es sollen.* verb. *dray Sonntage nach einander.* j. *Ehe-Ordn.* d. Ann. 1624. punct. 5. §. *erstlich.* Carpzov. *Jur. Cons. l.* 2. *d.* 137. accedente dispensatione tamen, itam in casu necessitatis, ea contrahi, et una, vel binis vicibus tamen fieri, aut etiam plane omitti potest: vid. Mencken. *Disp. de omissa Proclam. Eccl.* §. 4. *seqq.*

** Vid. *supra P.* 1. *p.* 46. Quod si tamen Parentes sine causa consensum suum denegent, Consistorium consensum eorum supplet. Carpzov. *Jur. Cons. l.* 2. *def.* 55. *sq.* Justam autem dissensus causam parentes habuisse censentur, si liberi sine ipsorum voluntate pura sponsalia celebraverint. Id. *d. l. def.* 59. *et l.* 5. *Resp.* 110. unde etiam in casu injusti dissensus consistorii consensus impetrandus est, antequam liberi sponsalia contrahant. *Ord. Eccl.* tit. gen. *Von Ehe-Sachen.* Spec. *von Ehe-Gelohnissen.* §. *Dagegen.* Interim si sine Parentum consensu celebratis sponsalibus copula carnalis accedat, in matrimonium ea transeunt, secundum Carpzov. *P.* 4. *C. El.* 20. *def.* 15. *et Jur. Conf. l. c. def.* 60. licet liberi, ob neglectam Parentum voluntatem, exheredari, et carcere includi possint, ac emigrare quoque cogantur *j. d. Ord. Eccl. rubr.* §. *wurden.* et Carpz. *d. def.* 60. Extra Electoratum tamen sponsalia, invitis Parentibus inita, per concubitum in matrimonium transire, negat Struv. *Jur. Rom. Germ. l.* 1. t. 6. §. 4. Fibig. *Coll. Legal. Sem.* 2. *qu.* 3. *j.* Sand. *l.* 2. *tit.* 1. *def* 4.

ex necessitate nequaquam? Covarruv. de Matrim. *part.* 2. §. 8. Sand. 2. 1. 2. *vers. nam communis.*

Minus recte equidem Pontifices *ἀναγκαστικὴν δύναμιν*, coactivam vim, contra exemplum juris sacri et profani, huic liberorum officio subtraxerunt. Sed quod viri doctissimi totam hanc distinctionem inter honestatem et necessitatem, ut impiam iis exprobrant, jure fieri non videtur. Nonne honestas emancipatum filium aeque ac filiumfamilias obstringit, onnoo tam matris, quam patris consensum postulat? Et tamen neutro casu necessitatem contineri, exploratum est, *l.* 19. *de Rit. nupt. arg. l.* 2. *eod.* omni enim jure plus valet patria, quam matris potestas, et magis subjicitur qui pars est familiae, quam qui exiit e familia; sed nihil attinet ea repetere, quibus toties haec distinctio probata est, nominatim *Part.* 2. *Digress. lib.* 1. *c.* 7. *n.* 4.

Quin nec jus naturae hoc loco ab eadem distinctione abhorret. Naturalis quidem ratio, ut honestati consentaneum suadet omnino hunc consensum, non tamen adeo praecise, ut absque eo matrimonium velit nullum esse; quia principium, dans actui internam validitatem, penes solos est contrahentes; nihil tam naturale est, quam ut quisque de facultate sua, id est eo, quod plene et directe ipsius est, libere disponat. Sed quid est tam proprie nostrum, quam gignendi jus: cujus naturalem consuetudinem quilibet ei, cui volet, per foedus connubii, (nam vulgivaga venus humanum genus confundit) addicere potest? Accedit, quod uxorem qui ducit, novam condat familiam; ergo nec familiae imperium patri jus prohibendi naturaliter tribuit, quia non pertinet hic actus ad familiae ipsius statum. Nam quod Romano jure filius uxorem in domum paternam deducit, et pars ejus manet, ex instituto mere civili, non gentium fluxit, ut *alibi.* Interim gratitudinis et prudentiae praeceptum est, ut cum maximi res haec sit momenti, consilium et voluntas parentum minime negligatur, quod multum a necessitate, a qua actus plane pendeat, differt. Hinc optime Theoph. *in d. princ.* naturalem rationem explicat: *ἐπειδὴ δίκαιον τοὺς γονεῖς ταύτης ἀξιοῦσθαι τῆς τιμῆς quia aequum est parentibus hunc honorem exhibere, in gratiam educationis*, ut addit. Hactenus interim manet pontificii juris naevus, quod a severitate divina et romana hac in parte recesserit. Nam licet usu illa distinctio in universum non careat, hic tamen non sequitur applicandam fuisse, quemadmodum certe applicanda non fuit. (1)

5. (b) Pertinet huc etiam nota quaestio de *Ratihabitione*, quam nuptias inde ab initio facere legitimas, ut liberis etiam ante ratihabitionem natis prosit, iique legitimi censeantur, probatum est textibus et rationibus *ad d. tit. Inst. num* 10. cui sententiae ratio populorum hodierna mosque notissimus eorum, qui jure Romano utuntur, quos inter *Frisii*, nullo quamlibet Statuto in contrarium, ex intellectu juris communis suffragatur. Sed responsionem ad textus rationesque discrepantis sententiae remisimus *ad hunc locum.* Summa nostrae positionis ratio, consistit in vi retrograda ratihabitionis ex *l.* 16. §. 1. *de Pignor. et l.* 56. *de Judic. et aliunde.* Hanc tamen convellit Vinnius ad *princ. Inst. de Nupt.* Ratihabitio *retro operatur*, ait, *in his, quae sunt in pendenti, non quae nulla sunt.* Sed unde probatur haec distinctio? Ego falsam puto. Nam donatio inter virum et uxorem est ipso jure nulla, *l.* 3. §. 10. *de donat. int. Vir. et ux.* ratihabitio tamen efficit, ut ab initio valuisse censeatur, *l.* 25. *C. d. tit.* ubi praecipue quidem de testamentaria ratihabitione agitur, sed ratio, quae sequitur, omnibus congruit; nec refert, quomodo fiat ibi ratihabitio, modo ad mortem usque duret voluntas. Porro nihil tam nullum est quam testamentum, in quo filiusfam. est praeteritus, quod tamen, secuto filii consensu, usque ab initio convalescit. *l.* 17. *de Injust. rupt. test.* Adeo ut contra argumentari non verear: *Quidquid est nullum, fit ab origine validum, si postea acquiescat is, in cujus gratiam lex nullitatem statuit.* Contractus pupillorum, alienatio rerum minoris sine decreto, aliaque, de quibus *in loco*, sunt nulla, sed accedente pupillorum et minorum ratihabitione, (positis terminis habilibus) nunquam nulla fuisse videntur. vid. Sand. *lib.* 2. *Decis. tit.* 2.

(b) *Pos.* 8. *et seqq.*

(1) *Bene, quod secundum Auctoris assertum naturalis ratio suadeat omnino consensum parentum in contrahendis nuptiis adhibendum esse, non tamen adeo praecise, ut absque eo matrimonium contractum velit nullum esse. Idem, nec aliud jus Divinum vult, cum in sacro texta non desint exempla nuptiarum sine parentum consensu contractarum.* Gen. c. 28 v. 6 et seqq. Gen. c. 41. v 45. Reg. 1. c. 16. v. 26. et 27. Tob. 7. v. 15. et 16. *Idem prorsus nec aliud vult jus Canonicum: idem plane volunt Patres Tridentini, dum testantur Ecclesiam Dei ex justissimis causis semper prohibuisse matrimonia filiorum sine consensu parentum contracta,* Sess. 24. c. 1. de reformat. matrim. *licet absque eo matrimonia contracta subsisterent. Adeoque non recte dicitur jus Pontificium a severitate Divina hac in parte recessisse, cum maxime hac in parte cum jure naturali et Divino conspirent Canones. Quod a severitate Romana recesserit, non est naevus, cum ratio juris Romani unice consisteret in rigido jure patriae potestatis, quo liberi censebantur esse in dominio patris, quod nec Canones nec mores nostri agnoscunt.*

defin. 1. Atqui matrimonium sine patris consensu in gratiam patris est nullum; jus enim hoc est patriae potestatis et libere ab ejus arbitrio pendet, ut solent ea, quae ad favorem pertinent nostrum, *l. pen. C. de Pact.* Ergo si recedat ab hoc jure suo, tota nullitas in praesens et praeteritum evanescet.

Quod Bachovius *vol.* 2. *disp.* 6. *th.* 5. *lit. C.* ratihabitionem negat retrotrahi *in his, quae jussum requirunt*, ut nuptiae, nihil nocet. Nam jussum hic nihil peculiare, verum simplicem consensum, etiam tacitum significare, probatum *ad Instit. ex l.* 5. *C. h.* Vel praecipitur quidem, non praescribitur, ut necessarius. Quin et saepe, ubi jussus requiritur, ratihabitio valet pro jussu, ut in ipsa actione quod jussu, *l.* 1. §. 6. *Quod Juss.* et actione mandati. *l.* 60. *de R. J.*

Noster acutissimus Tim. Faber *disp. anniv.* 5. *th.* 8. et ex eo Vinnius ad *princ.* volunt, in textibus, quibus id, quod ratum habetur, retro valere dicitur, non tradi causas, in quibus id fiat, sed effectum ratihabitionis. Quod quidem primo falsum est. Nam quorsum alias verba *l. ult. C. ad SC. Maced. generaliter omnis ratihabitio etc.* nisi ad causas spectant, et verba *l.* 25. *C. de don. int. Vir. et uxor. sicut et alias ratihabitiones negotiorum gestorum?* Sed jam largiar, et assumam quod illi excipiunt. In his textibus tantum de effectu agitur. Sic est. Nam ratihabitio non efficit, ut nuptiae revera justae ab initio fuerint, sed eumdem tribuit effectum, ac si legitimae semper fuissent.

In quibus igitur non de effectu permanente, sed de facto tantum agitur transitorio; ibi ne quidem post ratihabitionem nuptiae dicuntur ab initio valuisse; nec adeo magis id fieri potest, quam ut id, quod factum est, reddatur infectum, qua de re versiculos Agathonis ex Aristotele *lib.* 6. *ad Nicom. c.* 3. recitavimus ad *fin. tit. de Probat. et Praesumpt.* Non fit igitur per ratihabitionem, res vere gesta, quod pater ab initio consenserit; juris saltem effectus quidam supplentur, ac si inde ab initio suppleti fuissent. Exemplum in *l.* 13. *pr. de his, qui infam.* Pater est infamis, cujus jussu ab initio matrimonium intra annum luctus est repetitum, non quia postea ratum habuit. Etenim hic utique ipso facto non jussit, ad quod sanctio spectat. Ita nec adulteram accusare potest jure viri, post ratihabitionem patris, quae antea se alii substraverit. *l.* 13. §. 6. *ad L. Jul. de Adult.* Nam talis accusatio veritatem facti supponit, quod fuerit justa uxor, quam ratihabitio non praestat: delictum est factum, quod aliter quam res acta est, se habere non potest. Ratihabitio ad effectum modo nuptiarum statumque liberorum pertinet. Temere igitur hi textus objiciuntur, qui et in materia versantur poenali ac odiosa, quae semper restringitur, nos in favorabili, quae facile extensionem recipit.

Praeceptor tandem noster, D. Wissenbach. *Disp.* 6. *ad Inst. th.* 21. regulam de ratihabitione tantum in contractibus valere contendit; sed frustra; Nam donatio an contractus est? Negat ipse, in qua tamen eadem regula servatur. *d. l.* 25. *C. de don. int. V. et U.* Ratihabitio vim suam retro exerit in his, quae consensu fiunt; est enim subsequens consensus; ergo etiam in nuptiis, quae licet contractus non sint, nihilo secus tamen liquido consensu fiunt.

Verumtamen alii defectus, qui terminos habiles nuptiarum tollunt, neque in partium consensu consistunt, non nisi a tempore quo cessant, vitium matrimonii corrigunt, et tunc liberis demum natis obesse desinunt. Hinc praeses, qui feminam provincialem contra leges duxit, deposito demum officio, si tunc duret voluntas, uxorem incipit habere legitimam, et justos, qui postea suscipiuntur, liberos. *l.* 65. §. 1. *de rit. nupt.* Secuta et renovata voluntas hic non retrotrahitur; quia consensus non potest retrorsum operari in id tempus, quo nullus plane consensus esse potuit, ob vitium legale personarum. Si quis demum minorem annis 12. duxerit, haec uxor erit, cum justos annos expleverit, consensus tunc secutus non reddet nuptias ab initio, quo ducta est, validas, quia tunc termini habiles deerant. *l.* 4. *de rit. nupt.* Idem in priori specie. Nam inter praesidem et provincialem nuptiae nullo modo consistunt. Ratihabitio igitur emendat solum consensus paterni defectum, praesuppositis caeteris legum requisitis.

Postremo D. Vinnius multum tribuit contra liberos antea natos *Leg. XI. de Stat. Hom.* sed cum ea nihil de ratihabitione, tantum de statu prolis, avo ignaro conceptae agat, nobis nihil officiet, nec dubitamus, de casu secuti consensus Paulum aliter responsurum fuisse. Proinde cum haec sit iuris Romani sententia, nostrum quoque Statutum, negans ratihabitionem prodesse, de poena incapacitatis, non de nullitate actus accipiendum erit. Haec patrem respicit et liberos, illa contrahentes, qui deliquerunt. Patri satisfit, liberi juvantur ratihabitione; ipsi conjuges, merito poena non liberantur.

Sed operae pretium est videre textum. In Stat. *lib.* 1. *tit.* 1. *art.* 6. *in fin.* ubi sic habetur; poenas matrimonii parentibus invitis contracti, habere locum, etsi contrahentes, post impletum concubitu matrimonium, ratihabitionem impetraverint. An non inde patet,

ratihabitionem expressam vel tacitam, in implendis nuptiis adhibitam, prodesse liberis postea natis, sed contrarium esse dicendum, *si* post liberos natos ratihabitio accesserit? Ut Sandius etiam tradere videtur, *d. lib.* 2. *tit.* 1. *def.* 2. Sed magis est, ut Statuta nostrae positioni nihil obstent. Agunt enim de poena delicti, quo aliquis ipso facto puellam invitis parentibus duxit: quod commissum non mutatur per secutam ratihabitionem; Ideoque poenam nihilominus obtinere, quidquid parentes pro sua indulgentia de jure potestatis suae remiserint, publicae disciplinae vigori consentaneum est. Sandius quaestionem nostrae positionis non tractat, neque decisam refert.

6. (e) Consensus parentum cum sit effectus patriae potestatis, quamdiu haec durat, requiritur; et cum aetate 25. annorum ea non finiatur, non est dubium, quin et filia major sine consensu patris nuptias contrahere non possit. (*In locis, ubi aetas eximit a Patria potestate, haec cessant*) Nec operae pretium erat huic quaesito immorari, nisi auctoritas Sandii nostri aliorumque hominum doctissimorum secus postularet. Sandius *lib.* 2. *Decis. tit.* 1. *def.* 5. statuit ipse et in Senatu refert esse judicatum, filiamfam. majorem annis XXV. sine patris consensu validum inire posse matrimonium. Nos eam sententiam nec Statutis probari, nec a Senatu ita adhuc esse judicatum credimus; quod ut ἀπροσδόκητον et *Sandio*, ut videtur, repugnans, forte aliquos offenderit. Verba Sandii, quibus sententiam Curiae demonstrat, haec sunt, *Hinc, cum quidam filiamfam.* 25. *annis majorem in jus vocasset, cum qua fatebatur se, inscio patre, matrimonium contraxisse, filia vero matrimonium negasset, ad probandum admissus fuit, cumque in probatione defecisset, absoluta est.* Unde colligi vult, si juvenis probasset contractum matrimonii, filiamfam. fuisse condemnandam. Sed quam id nullo modo tutum sit adfirmari, norunt qui judiciis interfuerunt. Nam propter multitudinem causarum, quando partes circa facti historiam discrepant, omni die contingit, ut interlocutio ad probandum fiat, etsi facta illa non sint litis decisoria; sive quod non vacet judicibus exacte curioseque examinare, num sine claritudine illorum factorum causa finiri queat; sive quod speretur, a discussione factorum aliquid lucis causae disceptationi adspersum iri.

Non ita pridem haec quaestio rursus agitata est in Senatu Supremae Curiae. Cajus desponderat sibi filiam Titii majorem 25. annis, sine patris consensu, quanquam multis id egerat, ut probaret, patrem ex postfacto consensisse. Pater tamen nuptias detrectabat; Cajus eum in Jus vocaverat, petens, ut condemnaretur ad permittendam celebrationem nuptiarum; virgo subscripserat libello. Pater jus patriae potestatis allegabat, nec sibi imputari posse moram in elocanda filia; esse virum alium ecclesiasticum boni moris et familiae, cui filiam destinaverat. Cum ad rem judicandam ventum esset, primo quidem Domini consentiebant, exemplum *Sandii* non facere judicatum Curiae, nec adeo quaestionem adhuc esse decisam. Pars etiam major, re bene disceptata, sentiebant, non esse verum, quod filia major annis 25. sine patris consensu nuptias contrahere possit: cum enim nullum sit aliud ejus sententiae fundamentum, quam in *Nov.* 115. *c.* 3. §. *si alicui* 11. quam urget *Sandius*, ille textus bene examinatus nihil ejusmodi continet. Verba sunt; *Si vero usque ad viginti quinque annorum aetatem perveneret filia, et parentes distulerint eam marito cupulare, et forsitan ex hoc contigerit in suum corpus eam peccare, aut sine consensu parentum marito se, libero tamen, conjungere; hoc ad ingratitudinem filiae nolumus imputari: quia non sua culpa, sed parentum id comisisse cognoscitur.* Videmus, quaestionem hujus loci esse, non, an valeant nuptiae, sed an filiae ingratitudinis loco sit imputandum, quod insciente patre sibi consuluerit, ita videlicet, ut exheredari possit; qua de re per totum hoc caput unice disseritur. Si leges hactenus ignoscunt impatientiae virginis a patre vel a procis tam diu neglectae ideone matrimonii contractus omni jure subsistet? Sandius ipse docet, ex eo, quod majoribus annis viginti puellis remittitur poena Statutaria; ne quid conjuges sibi mutuo relinquant, non sequi tamen, nuptias subsistere. d. lib. 2. tit. 1. def. 5. in fin. In hac novella nihil habetur, quam exheredationis poenam remitti; quid caussae est, ut ex hujus remissione poenae, conjungium magis convalescat? Et quare aetas tot annorum sequiorem sexum magis subducet patriae potestati, quam filios, de quibus textus non loquitur, nec Sandius sentit? An, quia difficilius puellae tolerant virginitatis onus, quam juvenes? Ratio lenone quam Caesare dignior. Num quid in textu *d. Nov.* 115. *c.* 3. §. 11. reperitur, quod huic sententiae, quam mirari liceat a tam multis esse receptam, dederit causam? Proferuntur haec verba; *Si forsitan contigerit in suum corpus eam peccare, aut sine consensu parentum marito, libero tamen, se conjugere.* Unde colligunt, *posse talem filiam se conjungere marito.* Sed

(e) *Pos.* 5.

recte Bachovius *ad Treutl. Tit. de rit. nupt. th.* 5. observat, illis verbis minime legitimum intelligi matrimonium, sed conjunctionem facti qualemcunque; idque probat ex verbis *libero tamen*, quae exceptio indicat, illic agi de conjunctione, quae de serva etiam praedicari posset, alioqui inepta foret limitatio: ut de servo matrimonium nullo modo potest dici, siquidem cum eo dumtaxat est contubernium, non conjugium. *l.* 3. *c. de Incest. nupt.* Aliud evidentius argumentum ad id refellendum, ex ipso textu Nov. suppeditatur. Etenim si haec verba textus: *Si forsitan contigerit eam sine consensu parentum marito se conjugere*, virgini jus darent id faciendi, quod in conditione memoratur, idem prorsus eveniret in his verbis, quae habent eundem contextum; *Si contigerit eam in corpus suum peccare*, cum eodem spiritu a Caesare pronuncientur, quod tamen absurdum esse nemo non videt. Denique, Justinianus ne quidem ingratitudinis absolvit filiam viginti quinque majorem annis, *nisi parentes distulerint eam marito copulare*, ὑπέρθωνται, inquit, *rejecerint*, cum esset occasio. Plane in id facile consentias, filiamfamil. perfectae aetatis, facilius auctoritate publica parentis consensum elicere posse. His convenienter D. Saekma Curiae nostrae Senator, ad notas MS. in *art.* 6. *lib.* 1. *tit.* 1. *Statut.* refert, anno 1610. ante ferias O. S. a Senatu judicatum esse, filiam etsi majorem annis XXV. sine patris consensu nubere non posse, nisi pater filiae conditionem non quaesiverit, ut est in *l.* 19. *h. t.* hoc est, si requisitus a filia sine juste causa negaverit. in causa *Uylke Tjaerts, contra Saep Tjaerts*, et rursus in *causa Casparis de Jonge, contra Claes Joukes. ante ferias O. S.* 1619. Filium quoque majorem annis 25. sine patris consensu nihilo magis uxorem ducere posse, Curia Suprema censuit, in causa *Antjo Pieters contra Heyn Doeckes. d.* 30. *May* 1682. Factum tamen est, ut tum temporis Cajus ille sponsa potiretur, sed ob rationes facti magis quam juris illius ex *d. Nov.* 115. in causa *Georgii Blankart contra Isaacum van der Hellen.*

7. Sed liceat heic obiter digredi et quaerere, an huic sententiae jus Frisicum obstare non videatur, *artic.* 6. *lib.* 1. *tit.* 1. *Statut.* Ubi cautum est, *Si quis filiamfam. minorem annis XX. sine consensu patris aut matris, duxerit, vel mulier filiofam. minori annis XXV. ita nupserit, eum vel eam nihil de bonis alterius, dotalitii, aut ullius lucri ex causa matrimonii nomine percipere posse.* Nam exinde sequi videtur, si quis filiamfam. majorem annis XX. duxerit invitis parentibus, sine distinctione sexus, *sonder consent van Vader oste Moeder*, eum poenae expertem esse, ac ita matrimonium illud valere: quod etiam inde patet, quia prohibetur aliquid nomine *dotalitii* vel alterius lucri matrimonialis percipere; quae prohibitio vel poena, *matrimonium* consistere supponit. Non temere movetur haec difficultas, quam auget observatio Thomae Herbaji Viri Cl. in notis *M. S. ad d. art.* 6. qui non dubitat collectores Statutorum hac parte erroris arguere: *cum jure civili*, inquit, *consensus parentis in nuptiis filii tam sit necessarius, ut et jussus praecedere debeat, ac quod contra factum est, id irritum sit, utique supervacuum est, quod de dotalitio bonisque dotalibus statuitur, quae nulla esse possunt, ubi matrimonium nullum. Itaque, quod bona pace dictum sit, qui colligendis his constitutionibus praefuerunt, non videntur percepisse, huic constitutioni inesse aliquid ex errore canonistarum, qui et invito patre volunt valere matrimonium. Contra quem errorem cum Carolus imperator V.* (est enim Carolina Constitutio in *d.* §. 6.) *autumaret, se nihil posse statuere quoad matrimonium ipsum, cavit saltem de dote. Proinde tolli debuerant quae de dote etiamnum hic habentur.* Hactenus Herbajus; Verum ad hanc objectionem haud incommode responderi potest; sicut matrimonium inter personas prohibitas est *putativum*, ita dotem quoque vel dotalitium ejusdem esse naturae, nomine tale, revera nullum; quemadmodum mulier, quae nubit avunculo, nihil agit ipso jure, *dotem* tamen, quam dedit, recuperare dicitur. *l. ult. D. de Condict. sine causa.* Plus difficultatis est in priore scrupulo, quod prohibitio tantum de filiabus annis XX. et de filiisfam. *art.* 7. annis XXV. minoribus loquitur. Nam hoc ipso, quod poenam statuit in eos, qui ducunt filiasfam. minores annis 20. et in eas, quae nubunt filiisfam. minoribus annis 25. sequi videtur, Statutum permittere nuptias cum illa aetate majoribus, sine parentum consensu. Valde equidem vereor, ne non auctores Statuti in ea fuerint sententia, nuptias a filiisfam. contractas per se esse validas, praesertim quia in *artic.* 5. ἀμέσως praecedente, matrimonium in probibito gradu sanguinis *penitus irritum* declarant, cum in defectu consensus paterni nihil ejusmodi exprimant. Quando tamen praxi adsidua non interrupta, nullitas recepta est, dicendum videtur, eas poenas ipsi facto esse impositas, nullitatis ratione seorsim consideranda, quam non abolitam Statuto, manere, sicut est jure civili constituta; praesertim quia nihil vetat, illam poenam, quae matrimonium *de facto* supponit, cum nullitate juris consistere. Eaque interpretatio inde juvatur, quod incapacitas lucri dotalis, non infligitur ipsis nuptiis,

sed ei tantum, qui minorem annis viginti puellam *sollicitat atque seducit.* Ipsa puella seducta, juvenis etiam minor annis 25. non prohibentur ejusmodi capere lucra, *d. art.* 6. *et sequ.* Facto sive commisso poena Statuti imponitur; de nuptiarum validitate cum nihil constitutum sit, haec juris communis decisioni relicta censetur.

8. Proinde cum poena illa *non lucrandi*, teneat aeque ob neglectum matris quam patris, *d.* §. 6. valor matrimonii sine matris consensu initi, similiter juri communi relinquendus videbatur. Ac ita, sicut nuptiae liberorum, qui patris consensu carent, sunt nullae, eodem modo consensus matris absolutam nullitatem inferre non posse videbatur, qua de re locuti sumus *ad h. t. Inst. n.* 11. in hanc sententiam; esse quidem filiae minori annis 25. matris et propinquorum consilium adhibendum, at ipsi electionem esse liberam. Receptior tamen est interpretum sententia, matris consensum filiae minori 25. annis esse necessarium; quos enumerat Sandius *d. lib.* 2. *tit.* 1. *def.* 2. quorum sententiam Curia nostra sequitur, ut idem testatur, et Herbajus *not. MSS. ad d.* §. 6. Patre scilicet non extante, quod, ut res loquatur, sollicite tamen ab Herbajo monetur.

9. (d) Jure Romano curatores nihil auctoritatis, quod ad nuptias, in adultos adultasve exercent, quia curator rebus datur, et nuptiarum jus inter mere personalia habetur. *l.* 20. *de Rit. Nupt. et l.* 8. *C. eod.* Unde quae sub curatoribus est, magistratus, propinquorum, et suo arbitratu nubit; de curatoribus *οὐδεὶς λόγος, altum silentium. l.* 20. *C. de Nupt.* Sed jus Frisicum *d. tit.* §. 13 *Similiter*, ait, *qui subsunt curatoribus, matrimonium ne contrahant sine curatorum consensu, idque sub poena, quod sit futurum nullum, quidquid alter alteri reliquerit.* Praeter hanc poenam, D. Sandius statuit *eod. tit. def.* 6. nuptias, insciis curatoribus initas, esse nullas, quod intellige, nisi aetatem modo in filiabus definitam excedant; idque Curia nostra servat. In cujus auctoritate libenter acquiescimus, quanquam contra disputari poterat. Nam si poena Statuti non tollat id, quod jure communi praecipitur, sed cum eo conciliatur et jungitur, modo possint concurrere, ut Sandius ipse docuit *defin.* 1. 2. 3. 4. 5. cur non idem hic fiat? Qui ducit puellam ignaro curatore, nihil unquam ab ea lucrari potest; hactenus, nec ultra recedit Statutum a lege Romana; quid obstat, quominus reliqua conveniant? An verba prohibitionis, *ne contrahant etc.* Atqui ipse habet simile in *defin.* 1. Statutum ait, *Nemo contrahat nuptias, nisi post trinam proclamationem et ἱερολογίαν, sub poena pecuniaria.* Heic sola mulcta habet locum, et nuptiae absque illis valent, etsi directa et concepta sit prohibitio, ex ratione juris civilis. Quidni et hic Statutum cum jure Romano concilietur, quatenus illud non mutat? Amplius, qui filiamfam aliisque patris consensu ducit, eadem mulcta adficitur: valor tamen nuptiarum dispositioni juris communis relinquitur, ut *supra* intellectum est. Heic prorsus eadem ratio est. Jus commune vult nuptias valere, quae sine curatoris adsensu contractae sunt, et Statutum hac parte nihil mutat. Unde igitur diversa conclusio?

Si curator primo dissensit, deinde voluntatem adhibuit hac lege, ut bona quaedam puellae fideicommissi onere adfecta, in utilitatem propinquorum consentientium sequestrarentur, valetne promissio? Non valere, judicatum est; quia nec matrimonii, nec tutelaris officii, mercatoria vel mercenaria est natura, *in causa M. T. S. adsistente marito, contra C. V. W. cum sociis d.* 16. *Mart.* 1680. Quin ob ejusmodi et similia commissa in curatorem animadverti potest, si potestate sua temere sit usus in negandis vel concedendis sponsalibus, ejusque ab arbitrio ad judicem provocari potest. Ita cum vir spectabilis puellam suae curae commissam, fratri suo collocasset in matrimonium, Curia quidem matrimonium, re non integra non rescidit, curatorem tamen ab officio suo removit, *d.* 20. *Decemb.* 1636. *In causa Oricii Doyem, contra Pybonem a Doma et N. Vogelsang cum Dorothea Taedema.* An puella curatori subdita, in locis ubi jure communi utuntur, sponsalia praetextu aetatis et curatoriae potestatis retractare queat, *ad Inst.* dictum est. Magis est, ut ratione juris non videatur.

10. Consensus parentum et curatorum expressus esse debet; Ait enim Imperator in *d. pr. I. h. t.* jussum praecedere oportere. Quod tamen ita accipiendum, ut magis commendetur, quam sub poena nullitatis injungatur, quod attinet ad *jussum praecedentem.* Textus enim alii docent, sufficere, si pater sciat nuptias, nec contradicat. *l.* 7. §. 1. *de Sponsal. et l.* 5. *C. de Nupt.* Veruntamen inter expressum et tacitum consensum discrimen ingens tradit Sandius in *lib.* 2. *tit.* 7. *def.* 2. ubi vult patrem non amittere usumfructum in bonis liberorum, si non nisi tacite consenserit, quem, si jusserit, amittat. Sed non esse hoc discrimen juridicum, neque a Curiis probatum diximus in *Part. II. pag.* 74. Nec adeo curator, qui scivit nuptias promulgari, neque contradixit, a rationibus et reliquis reddendis, praestandis liberatur; scivisse

(d) *Pos.* 6.

autem creduntur, qui in eadem provincia fuere, cum promulgationes more solito publiceque factae sunt, ut a Curia judicatum est, in causa *Annii Tarquinii namine uxoris, contra Annium Boetii.* Condemnatus hic est, ut curator, Annio, nomine uxoris, rationes et reliqua praestare, licet absque ejus consensu matrimonium esset initum, sed promulgatum sine ejus oppositione, cum in loco satis propinquo habitaret. *Ante ferias Natal.* 1680.

11. Satis prolixe de consensu: post ea, quae *ad Instit.* hac de re exposita fuerant; neque de caeteris capitibus tantum est, quod hic addendum occurrat. Post promulgationes rite factas, sequitur ecclesiastica copulatio, qui ritus sane vetus et laudandus est, adeoque a viro gravi non facile omittendus, etsi tempore Justiniani, seculo sexto, non fuisse ritum hunc in usu, patet inde, quod altum ejus in toto jure silentium sit, ut recte observat Rittershus. *ad Nov. part.* 4. *c.* 1. *num.* 18. Non debent igitur sponsi ante copulam ecclesiae ultra primam lineam amare, nec copulam addere carnis. A majoribus natu accepimus, olim sponsos coram facie ecclesiarum nostrarum rogari solitos, utrum delibassent τὴν ἔυνοιαν, an cestum intactum custodivissent; si faterentur obreptum esse, poenitentiam ante benedictionem publice profiteri cogebantur. Transiit antiquus rigor, cui par non fuit posteritas. Sed majoris momenti et celeberrima quaestio est, an ejus omissio matrimonium faciat nullum, liberosque illegitimos, si de affectione tituloque conjugii non dubitetur. Negatur, si nullitas lege speciali sancita non sit, quemadmodum in Hollandia Zelandiaque, et in pontificiis aris ex concilio Tridentino, *sess.* 24. *c.* 1. Tulden. *ad Tit. C. de Nupt.* §. 3. Apud nos mulcta, quam diximus, imponitur XII. florenorum prima vice, et secunda post tres septimanas XXIV. Sed a quo tempore mulctarum illae vices incipiunt? A tempore primi congressus, *van de eerst byeenkomste*, ut judicatum refert D. Saekma Senator in causa *Dris Epema*, contra *Jike Obbes* cum uxore. *d.* 27. *Octobr.* 1627. Sed ambigua sunt verba primi congressus, utrum de concubitu, an de cohabitatione sint accipienda. Nam utrumque sensum fert vocabulum *byeenkomste*. Priorem sensum antiqua severitas exigere videtur. Magis tamen est, ut conventus et cohabitationis initium sit intelligendum: nec enim mulcta excessui amoris, inter sponsos jure conjunctos imposita videtur, saltem ut hodie fert hominum mos et opinio. Sed matrimonium in se valere, quando constat, virum et mulierem se pro conjugibus invicem habuisse, de jure certum, et perpetuo apud Frisios existimatum est, teste Sandio *lib.* 2. *tit.* 1. *def.* 1. et Saekma Not. *lib.* 1. *Stat. tit.* 1. *art.* 7. abundantibus exemplis; quibus adde sis, quod etiam liberi e tali conjunctione nati, jure succedendi gaudeant in praejudicium quoque diversi matrimonii et liberorum inde natorum, ut Curiae visum est *in causa Auke Baukes cum soc.* contra *Fridericum Henricum.* ante ferias canicular es 1671. et saepe alias. Neque tantum, si benedictio sacerdotalis, sed etiam, si promulgatio penitus omissa fuerit, ex eo solo, quod vir mulierem uxoris titulo dignatus sit; etsi probabile esset, id pudoris causa magis, quam ex vero affectu fuisse profectum, nec unquam vir ullum actum contractus conjugalis celebrare voluisset, ut usu venit observari in causa *Thomae van der Mark Domini de Leur contra Christianam Taepkens ante magnas ferias* 1682.

12. Post benedictionem ecclesiasticam, (cujus loco heterodoxis injungitur fere confirmatio judicialis) sequitur concubitus, in quo praecipue desinit implementum matrimonii. Cujus exercitium quidem ad matrimonium contrahendum non pertinet; aptitudo tamen et potentia, est requisitum necessarium, *ut Masculi sint puberes, feminae viripotentes, pr. I. de Nupt.* Ratio autem, cur feminae celerius quam mares ad nuptias maturescant, redditur ab Horo apud Macrobium 7. *Saturn. c.* 7. quia *calent amplius, et calor semper generationis causa est.* Idem Athrylatus medicus apud Plutarch. 4. *sympos. qu.* 4. tuetur, et experimentis demonstrat. Quin et Hippocrates *lib.* 1. *de morbis mul. sect.* 5. feminas scribit habere θερμότερον τὸ αἷμα, *calidiorem sanguinem*, adeoque θερμοτέραν τοῦ ἀνδρός, *viro calidiorem esse mulierem.* In contrarium Symmachus, apud Macrob. *d. loc.* et *quod cito*, ait, *admonentur generationis, non nimii caloris, sed naturae infirmioris est, ut exilia poma celerius maturescunt, robusta serius.* Athrylatum refellit etiam Florus apud Plutarch. *loco cit.* Aristoteles quoque *lib.* 4. *de generat. animal. c.* 6. ἀσθενέστερα γάρ ἐστι καὶ ψυχρότερα τὰ θήλεα τὴν φύσιν. *Sunt enim feminae debiliores atque frigidiores natura.* Imo hanc ait esse rationem, ὅτι πάντα πρότερον ἐπιτελεῖται τοῖς θήλεσιν ἢ τοῖς ἄρρεσιν, οἷον ἥβη καὶ ἀκμὴ καὶ γῆρας. *Quod omnia in feminis celerius quam in maribus perficiuntur, veluti pubertas, virilis aetas et senectus.*

13. Est igitur gignendi pariendique capacitas substantiale requisitum. Quare si constet, alterum esse ineptum ad prolem faciendam, matrimonium est ipso jure nullum, ut si vir eunuchus, mulier tam arcta sit, ut mulier fieri nequeat, sicut Ulpianus ait in *l.* 14. §. 7. *de Ædil. Ed. Non satis est, maritum solo tantum osculo*

putari. Quintilian. *Declam.* 229. Idem: *Maritus non est, qui pater fiori non potest. Declam.* 279. Unde licet mulier velit, cum eunucho tamen non constare nuptias, verius est, etsi ex eorum genere sunt, quos Terentius *maximos ait esse mulierum amatores, sed nihil potesse*, quibus et mulieres quandoquo corruptas, lassae voluptatis imitamento delectari, scribit Juvenalis *Satyr.* 6.

Sunt quas Eunuchi imbelles et mollia semper
Oscula delectent, et desperatio barbae.

Hujus generis agitatam foisse litem *Parisiis*, eruditorum diaria nos erudierunt. * Dionysius Biontius Mayenensis, impos gignendi, nuptias contraxerat cum puella, parentum ejus consensu. Verum sacerdos nuptiis benedicere nolebat, eamque recusationem judex Mayenensis, cum Binotius impotentiam fateretur, approbaverat. Appellavit Senatum Parisiensem cum sponsa sibi juncta. Nitebantur *cap.* 4. *X. de Frigid. et malef.* ubi de arctis sive clausis sancitum est, *Quas tanquam uxores habere non possunt, habeant ut sorores*, nempe si animo consentiant. *cap.* 5. Patrocinabatur illis celebris *Talonius.* Curia tamen contra communem expectationem sententiam priorem confirmavit, *Audientia magnae Camerae, die Jovis* 8. *Januar.* 1665. sapientius quam Lucius et Celestinus Pontifices, *in dd. cc.* 4. *et* 5. quos textus alii de tolerantia ex postfacto, forte non temere, accipiendos putant. (2) Rectius sane Augustinus: *Propagatio liberorum prima est et naturalis causa nuptiarum*, ait in *lib.* 1. *de Adult. conjug.* Cum sterili tamen non est prohibitum; etsi minus, ubi constat, laudabile matrimonium, quo si non adsequimur τὸ τεκνογονεῖν, procreationem liberorum, evitatur tamen τὸ πυροῦσθαι, *ustio*, quem utrumque suopum Apostolus agnoscit 1. *Corinth.* 7. Non sunt modo nuptiae, verba Chrysostomi, παιδοποιΐας ἕνεκεν, ἀλλὰ καὶ ὑπὲρ τοῦ σβέσαι τὴν τῆς φύσεως πύρωσιν, *non tantum ad liberos procreandos, sed etiam ad extinguendam naturae ustionem, de Virginitate cap.* 19 Quae ratio cessat utraque in impotentibus ineptisque τὰς παιδοποιοῦ ἡδονάς, ut ure Jocasta Dorimsi loquitur in *Phanissis.*

14. Sed est discrimen haud dubie inter eunuchos sive castratos, et impotentes: quod, cum illis nuptiae statim ut initae, nullae sunt de jure, sic etiam facto impediuntur; cum his contractae, si spes non omnis decollaverit, valent, *l.* 39. §. 1. *ff. de Jur. dot.* dum legitimum patientiae, quod est triennale tempus, exegerit alter. *Auth. sed hodie C. de Repud. Nov.* 22. *c.* 6. *c.* 3. *c.* 6. *et c. ult. X. de Frigid. et malef.* At tum quidem matrimonium recte nullum censetur fuisse, licet divortium quoad eventum appelletur, ubi discessus placuerit: sin consentiant, maneant ut sorores *d. c.* 3. Si vero dubium sit, et vir impotentiam suam neget, primo quidem inquisito instituitur, an aliam aliquam cognoverit, *d. cap. ult.* Si nec hoc constet, ipse tamen sese habilem profiteatur, in foro pontificio mos est antiquus instituendi visitationem, et deinde specimen congressus, in quo si vir se virum non praestiterit, divortium decernitur; de quo more Robertus *lib.* 4. *rer. Judic. c.* 10. *Testes*, inquit, *mulierum hujus seculi procacitas et licentia, ut nihil fere quidquam occurrat in judiciis et Senatu frequentius impudicis istis expostulationibus, et lascivis nuptatum querimoniis; quae non modo non vindicantur, sed et magno fori ecclesiastici dedecore etiam cum applausu admitti solent. Statim enim visitatio indicitur eorum, quae natura vetavit. Mox decernitur congressus, ut grato lascivae colluctationis ludicro immodesta libidinosae puellae cupiditas exerceatur*; Adde sis: *Patrum illius ecclesiae ipsorum*; quos inter multos esse fratres *Cornelio Brugensi* similes, qui tam facile ad ejusmodi inverecunda specimina procedant, veri perquam simile est; mos enim ille visitandi, plane *Cornelianus*, imo turpior est. Sic Robertus: *In visitatione uterque conjugum et vir et mulier, nuda corpora exhibere judicibus*, (Ecclesiasticis) *medicis, matronis jubentur.* Deinde: *In ista autem membrorum denudatione, quae judice ecclesiastico decernente fit, illud indignissimum est, caeteras corporis partes, quas honestate permittente, revelare licet, tectas et opertas manere: quas autem natura velut obscaenas celari et abscondi voluit, eas solas nudari et proferri.* Describit deinde vir gravis modum visitationis: *Puella resupina jacet*, et caetera, quorum pudet. Digniora quae

(2) *Recte judicavit senatus Parisiensis, cum similes in matrimonium conjungi nequeant. Si tamen de facto putative juncti fiat, quid vetat cohabitationem ipsis concedere, prout eam concedunt Pontifices in c. c.* 4. et 5. X. de frig. et malefic., *scilicet ut vir tamquam sororem eam habeat, quam tamquam uxorem habere non potest. De quo casu tantum, nec aliter accipiendi sunt in c. c.* cit.

* Similis lis in Foro Saxonico agitata est, de qua si lubet, vide *Conjugium Eunuchi, die Capaunen. Heyrat. h. e. scripta et Judicia varia de Conjugio inter Eunuchum et Virginem Juvenculam An.* 1666. *contracto, tunc temporis a quibusdam supremis Theologorum Collegiis petita, postea hinc, inde collecta ab* Hier. Delphino *C. P. Halae rec.* 1718. 4.

sunt, ex Cypriano, Ambrosio, Augustino, refert. Item exempla rationesque ad arguendam incertitudinem visitationis et *congressus*, qui fere sequebatur: *Cur ad congressum tamquam ad sacram anchoram recurritur*, inquit, *cum etiam plerumque nulla frigiditatis suspicione, multi casus eveniant, quibus coeundi facultas sistitur et impeditur? Quis dubitat coitum veneficis artibus carminibusque magicis retineri?* Quod exemplis prosequitur. *Sed quid solas artes magicas accusamus, cum etiam sine maleficio vires saepe desiderio non respondeant?* Sed nihil attinet, quae ab illo magno labore et eloquentia in hanc rem congesta sunt, excerpere. Mirari licet, tantam fori Pontificii turpitudinem fuisse toleratam, ut ante paucos annos, cum falsitas examinis illius praesertim nobili exemplo comperta fuisset, a Senatu Parisiensi visitationem et congressum publicum intelligam esse prohibitum. (3) Tu dices, quomodo igitur lis finietur super impotentia virili? Praesumptio erit pro viro, si extrinsecus nihil defectus appareat, nec ille fateatur; eademque est contra mulierem, tam propter inverecundiam ejus, quam quod in sacris literis sterilitas semper mulieribus, nusquam viris imputetur: quod argumentum memini celebrem Theologum suppeditare cuidam Philosopho, cum sterilitas huic objiciebatur.

15. (e) Igitur impotentia, sive ante pubertatem, sive in aetate virili, nuptiis est impedimento, non aeque senectus, quae licet effoeta, nunquam tamen prohibetur, nisi quatenus *Res ipsa vetat*, ut alio sensu Ovidius. Lege Papia Poppaea limitatae, non prohibitae erant seniles nuptiae: nam vir sexagenario major, non poterat ducere mulierem quinquaginta annis minorem. Et mulier quinquagenaria, minori annis sexaginta nubere non poterat, ne scilicet aptum proli faciendae semen inutiliter effunderetur, apud Ulpian. *tit.* 16. §. *ult.* Sed hanc limitationem sustulit Justinianus in *l.* 27. *C. h. t.* etsi nuptias decrepitae senectutis minus esse laudabiles, e rationibus commemoratis non obscure colligi possit.

16. Reliquum matrimonii implementum, in cohabitatione mutuisque conjugum officiis, in potestate maritali, subjectione conjugis, consistit: Sed his de rebus, vel actum est in *lib.* 3. *de Jur. Civit. c.* 1. *et sequ. Ad tit. ff. de His, qui sui vel alieni Juris sunt*, vel agetur *ad tit. de Tutelis*, aut infra *de Divortiis.* Non placet etiam latius agere de matrimonio sanguinis ratione prohibito, * quam est actum *ad tit. Inst. de Nupt.* Praesertim quia caput hoc plena manu executi sumus in *lib. 2. Digress. cap.* 14. *praeced. et seqq.* Ideo de Secundis nuptiis, quod superest, caput absolvemus.

(e) *Pos.* 2.

(3) *Modum probandi impotentiam per congressum, qui apud Gallos in usu, et tandem publica auctoritate sublatus fuit, reprehensione dignum esse, lubens admitto. At immerito haec praxis in universum foro pontificio objicitur, cum vix extra Galliam in usu fuerit. Exaggerata quoque sunt quae Auctor hic ex Roberto* lib. 4. rer. Judic. c. 10. *refert, licet enim interloquente judice ecclesiastico injungeretur congressus, non tamen jubebatur maritus in conspectu judicis cum uxore coire, sed in conspectu medicorum et obstetricum, uti refert Anton. Despeissius in operibus gallice conscriptis*, tom. 1. p. 1. tit. 13. sect. 1. *nec contrarium colligi potest ex adducto Roberti loco. Hinc, Just. Henning. Boehmer in jure Eccles. protest.* tom. 4. tit 14. §. 22. *non dubitat asserere, errasse B. Hertium* in dissert. de inspect. oculari §. 11. *existimantem, maritum* in conspectu judicis *cum uxore coire jussum fuisse, et hoc nequidem probabile esse ait. Quod attinet, morem visitandi, is, ubi necessitate exigente adhibetur, censuram Auctoris non meretur, maxime si attendamus, obstetricibus, vel medicis et chirurgis, peritis dumtaxat, inspectionem esse committendam: nec judicis est huic inspectioni adsistere*, cap. 6. et 7. X. de frigid. et malef. *ejus est ad relationem peritorum sententiam ferre. Recte Robertus, ad quem Auctor ipse provocat* loc. cit. *ait:* nuditas inverecunda est, si quis publice sine causa nudum se exhibeat; saepe tamen nuditas ex causa aut laudatur aut non improbatur. *Potuisset itaque Auctor his tam vagis et incertis exprobationibus supersedere, nec addere debuisset, verosimiliter multos esse ecclesiae nostrae patres fratri* Cornelio Brugensi *similes: qui, si vera sint quae de ea narrantur, gravi animadversione dignus et merito exilii poena affectus fuit, et certe legum ecclesiasticarum severitas hac in parte facile cohibebit illos, quos forte pudor non retraheret. Nec ex eo, quod apud nostrates repertus fuerit* Cornelius Brugensis, *sequitur perquam verisimile esse, multos reperiri huic similes, non magis, quam si nos, ex eo quod olim, uti auctor retulit* in parte 2. lib. 1. tit. 1. n. 73. *apud ipsos duo ecclesiarum reformatarum Pastores ob crimen furti publice virgis caesi fuerint, inferre vellemus, multos etiamnum verosimiliter inter earum pastores reperiri, his furibus similes.*

* Jure nostro, praeter nuptias Jure divino prohibitas, nuptiae sine dispensatione illicitae censentur usque ad gradum tertium lineae inaequalis; ita ut hic ipse gradus vetitis annumeretur. *vid. d. Ord. Eccl. rubr.* Gen. *van Ehe-Sachen.* Spec. *welchen Persoonen sich mit einander in Ehe-Gelobnisz einzulassen verbothen. Carp. Jur. Sax. pag.* 273. De Prohibitione nuptiarum in secundo genere affinitatis, dictum *supra P. I. p.* 49.

DE SECUNDIS NUPTIIS.

I. Secundae Nuptiae, non illicitae, at odiosae. II. Sanctionum pro liberis prioribus contra secundas Nuptias, prima ex l. 3. C. de Sec. Nupt. *III. An ex tribus conjugiis primi liberi tertiis praeferantur. IV. Quatenus parens binubus de illis bonis habeat testandi facultatem. V. Secunda sanctio ex* L. Hac Edictali l. 6. C. de Secund. Nupt. *VI. De Tutela ac educatione matri binubae adimenda. VII. De usufructu uxori binubae relicto. VIII. De non revocanda donatione ob ingratitudinem. IX. Poenae secundarum nuptiarum intra annum luctus. X. Casus, quibus cessant poene secundarum Nuptiarum, ubi, an, si conjux defunctus eas superstiti permiserit. XI. Quid si liberi secundis nuptiis consenserint, expresse vel tacite? XII. Iure Canonico* has poenas non esse *abolitas. XIII. Secus ac poenae* festinationis *intra annum luctus, quas et alibi esse abolitas.*

1. (f) Polygamiam magistri dividunt σχολαστικῶς in simultaneam et successivam. Rectius forte bigamiam a polygamia distinxeris: ut haec sit, quando plures eodem tempore ducuntur uxores, et illa quando una elata, ducitur alia uxor. Polygamiam esse deteriorem quam singulare conjugium, non tamen nefariam, statuit Grotius *lib.* 2. *de J. B. et P. c.* 9. Rationes in utramque partem, quaestionisque decisionem, executi sumus in *lib.* 2. *Digression. c.* 16. quae nihil attinet repetere. Lector ibi brevem, nec, ut puto, injucundam reperiet exegesin, quae satis ad hunc locum sit. Pluribus contra profanos contrariae sententiae adsertores egit *proprio tractatu* Vir Rever. D. Meyerus, Harderowicensae Academiae Theologus. Bigamia, id est secundae nuptiae, nullo quidem jure prohibitae, sed odiosae tamen sunt. Unde Justinianus *felicem et beatam praedicat a secundis nuptiis abstinentiam.* Εὐδαίμον καὶ μακάριον, inquit, μένειν ἐπὶ τῆς προτέρας εὐνῆς. *Felix beatumque subsistere in primo cubili.* Hinc idem: *Matre jam secundis nuptiis FUNESTATA l. 3. C. de Sec. Nupt. E contra viduam, quae non transit ad secundas nuptias, pudicitiam suam*, ait, *intactam servare.* Conveniunt haec dicta receptae veterum non modo christianorum, sed etiam gentilium sententiae, minus aequae secundis nuptiis; qua de re diximus in *part.* 2. *Digress. lib.* 1. *cap.* 14. Juris quaestionem absolvunt haec Apostoli verba: Γυνὴ δέδεται νόμῳ ἀνδρὸς ἐφ' ὅσον χρόνον ζῇ ὁ ἀνὴρ αὐτῆς. Ἐὰν δὲ κοιμηθῇ ὁ ἀνὴρ, ἐλευθέρα ἐστὶν ᾧ θέλει γαμηθῆναι. *Mulier lege viri tenetur omni tempore, quo vivit vir: At ubi is obdormiverit, liberum est ei cui velit, nubere*, 1. *ad Corinth.* 7. *in fin.*

2. (g) Huic libertati lege civili nihil equidem derogatum est. Sed quia sic fere usu venit ut Euripides *in Medea.* Παλαιὰ καινῶν λείπεται κηδευμάτων, ut novae *nuptiae veterum necessitudinem labefactent*, beneficia quaedam liberorum prioris matrimonii introducta sunt, quas vulgo *poenas* secundarum nuptiarum, sed improprie, cum rei licitae nulla sit poena, appellant: idque etiam inde colligitur, quod nullis existentibus liberis, nihil, quod instar poenae videri possit, reperitur. Quae autem respectu liberorum constituta sunt, breviter recensebimus. primum beneficium est hujusmodi. Quidquid mater iterum nupta, vel Pater bigamus, a primo conjuge inter vivos aut mortis causa, immediate vel per successionem liberorum prioris matrimonii adepta fuerit, ejus proprietatem per secundas nuptias amittit, usufructu tantum retento, eademque bona post mortem ejus ad liberos ejusdem *matrimonii* pertinent ab intestato, vel quibus ex iis mater ea testamento reliquerit; ad extraneos nullo modo pervenire possunt. *l.* 3. *C. h. t.* Hoc ita in favorem liberorum prioris matrimonii constitutum, si quando nulli extent liberi, vel omnes sint mortui, cessare, consentaneum est. *in fine d. l.* 3. Proinde tali casu illa bona matri binubae pleno jure competunt, ut merito in foro servatur et judicatum est apud Sandium 2. 3. 1.

3. At saepe queritur, si trium extent matrimoniorum liberi ex una matre, numquid in eo, quod mulier ex secundo matrimonio lucrata est, primi liberi *aequentur secundis* et plus juris habeant quam tertii; quasi in primis cesset odium, quod in tertiis intendatur. Non dixerim; quia lex vult consulere liberis ejus matrimonii unde bona processerunt; *aliis etiam ex EODEM matrimonio progenitis liberis superstitibus*, habetur in *d. l.* 3. §. 1. et tota lex agit de certo matrimonio liberisque exinde natis. Quamvis igitur SECUNDÆ nuptiae ad hunc usum memorentur, dubium tamen non est, quin ad tertias quartasque nuptias eaedem constitutiones pertineant. Rittersbus. ad *Nov. part.* 4.

(f) *Pos.* 18. (g) *Pos.* 19. *et* 20

c. 2. *in fin.* Cumque beneficiis constitutionum, ad ejusdem matrimonii, unde bona venere, liberos, inquam, spectent, eorumque proprietas bis adquiratur, necessarium fit, si mulier post secundas in tertias concesserit nuptias, bona, quibus aucta est e secundis nuptiis, ad solos ejusdem matrimonii liberos pertinere, exclusis tam primi quam tertii matrimonii liberis: nec enim, ut dixi, poena repetitarum nuptiarum est, sed pro liberis beneficium; ac ita *consultus* non semel respondi. Etiam de hoc quaesito; liberis secundi matrimonii omnibus extinctis, an lucra inde profecta, matre intestata mortua, non aeque ad liberos tertii quam primi conjugii pertineant. Non dubitavi adfirmare, per verba *d. l.* 3. *in fine.* Liberis ejus matrimonii, quibus lex consuluit, omnibus extinctis, matrem binubam *in illis bonis plenum proprietatis jus obtinere et testandi circa quos voluerit liberam habere facultatem.* Ergo et ab intestato.

4. Quod autem *supra* diximus, matrem inter liberos ejusdem matrimonii de illis bonis testari posse, ei derogatum est per *Nov.* 22. *c.* 25. quod attinet ad dotem respectu viri et donationem propter nuptias respectu uxoris, imo etiam quod ea quae ex ultimis voluntatibus a viro percepit. *c.* 23. *d. Nov.* Bonorum quae a liberis perceperit, mentionem non facit Justinianus in *d. c.* 23. *et* 25. Proinde in illis testandi licentia matri relicta videtur. Adde, etiam patri binubo, nam ad hunc constitutio haec tota extenditur, *dd. Capp. et l.* 5. *C. h. t.* Sand. 2. 3. 2. Enimvero si liberi aliunde quam a priori conjuge parente suo bonis sunt aucti, id nihil ad hanc constitutionem, ideoque ad parentem δίγαμον pleno jure transmittitur. *Auth. Ex testamento. C. h. t.* Sand. *d. tit.* 3. *def.* 3.

5. (h) Secunda sanctio contra parentem δίγαμον est, quod conjugi secundo. patri vel matri, non liceat inter vivos aut mortis causa plus relinquere vel donare quam uni ex liberis, cui minimum cessit, prioris matrimonii: Quod autem plus secundo conjugi relictum fuerit, inter liberos priores dividitur, *l. hac Edictali.* 6. *C. h. t.* idque videtur esse verum, etsi conjux binubus in testamento dixerit se quod abundet ultra modum *l. hac Edictali.* additum velle liberis e posteriori conjugio, per ea, quae Sandius disputat *d. tit. def.* 6. utcunque alias parens etiam binubus, hisce posterioribus liberis, plus quam prioribus relinquere non prohibeatur, ut idem docet, ac probat. Cui adde Gailium 2. 82. *in fin.* Idque etiam respectu avi aviaeque et nepotum statuitur, habita ratione repraesentationis, ut secundo conjugi ne liceat plus relinquere quam nepotibus pariter sit relictum. *d. l.* 6. Sand. 2. 3. 5. Qui definitione *praecedente* docet, nihil interesse, τὸ plus illud, in substantia bonorum an usufructu consistat, facienda computatione ususfructus juxta aetatem conjugis, praescripto *l.* 68. *Ad L. Falcid.*

6. (i) Tertia pro liberis cautio est, quod matri tutela suorum liberorum, et educatio quoque adimatur. *l.* 2. *et Auth. seq. C. Quand. mul. Tut. off. l.* 1. *C ubi pup. educ.* Quod liberorum cura placuisse, patet ex *l.* 22. *ℽ. Servi etiam C. de Admin. Tut. ubi:* quod matres binubae *novis maritis non solum res filiorum, sed etiam vitam addicant.* Quae ratio satis indicat, hanc seu poenam sive cautionem, ad matres, non ad patres pertinere, cum hi non sint in manu uxorum secundarum, sic ut hae maritis sunt obnoxiae, quod tamen minime perpetuum, imo saepe contra usu venit. Unde nec moribus hodiernis ea lex adversus matres, quod attinet ad educationem, servatur. Videbimus *infra* ad *tit. Ubi pupill. educ. vel mor.* Priores duae sanctiones apud nos servantur et passim, teste Groenewegio, qui plurimos citat auctores. Aliter Thomasius.

Scholium.

Communiter Dd. quoad poenas secundarum nuptiarum distinguunt inter has quae in odium earum et illas quae in favorem liberorum prioris matrimonii repertae sunt, has vigere putant, non vero illas. Sed notat Brunnem. ad l. fin. C. de Secund. nupt. *moribus plerarumque provinciarum Germaniae, ad nihil amplius obstringi parentes ad secunda transeuntes vota, quam ut liberis suis tutores petant et inventarium bonorum conscribant. Nec aliud apud nos observatur, ut arbitror.*

7. (k) Praeter has poenas ad favorem liberorum pertinentes, olim mulier ad secundas nuptias transiens, amittebat usumfructum sibi a marito relictum, isque liberis prioris matrimonii addicebatur, *l. un. C. Si secund. nups. mul* quod mutatum est *Nov.* 22. *c.* 32. ubi requiritur, ut maritus id diserte caverit, ne diutius quam ad secundas usque nuptias maneret ususfructus, *Auth. d. l. un. subjectu.* Caeterum, quod matrona per secundas nuptias amittat dignitatem quae a priore marito ei adhaeserat, *l.* 10. *C. de Nupt. Nov.* 22. *c.* 3. non tam ut poena, quam ut secundi matrimonii sequela, quatenus mulier nunquam aliter quam ex viri Dignitate censetur, considerandum est. *d. l.* 10. *l.* 8. *et l. ult. de Senator. l.* 13. *C. de Dignitat.* Denique non est operae pretium hoc referre, quod mulier tenetur ad cautionem

(h) *Pos.* 21. (i) *Pos.* 24. (k) *Pos.* 22. 23. *et* 25.

mutiaoem propter legatum sub conditione viduitatis relictum, *d. N. c.* 43. *et sequ.* ut et reliquorum legatorum cautiones, *c.* 41. quibus mutatur *l. pen. et ult. C. de Indict. viduit. toll*, de quibus erit locus *ad tit. de C. et D.*

8. Sed ad poenam propius accedit, quod mater binube non potest ab Ingratis liberis revocare donatiouem. *l. 7. C. de Revoc. don.* Sed parum abest, quin boc omne sit abrogatum per *Nov. 22. cap.* 35. ubi tres ingratitudinis species excipiuutur: si liberi vitae matris insidias struxerint, si manus impias intulerint, aut substantiae totius controversiam moverint. Atqui alias quinque tantum sunt species ingratitudinis ad revocandam donationem; Praeter illas tres, atrox injuria et violatio conditionum adjectarum. *l. ult. C. de Revoc. donat.* Aut igitur bae causae liberis adversus matrem binubam remittuntur, quae contra exteros poenam merentur, aut Justinianus per *d. Nov. 22. c.* 35. sustulit usum *d. l. 7.* quod minime pise se fert in *d. cap.* 35.

9. (l) Sed operae pretium est audire, quam sit infesta lex * secundis nuptiis *intra annum luctus* festinatis; nam talis mulier fit infamis, fit incapax ultimarum voluntatum: etiam haereditatum ab intestato ultra tertium gradum. Amittit quaecunque a priore marito inter vivos aut mortis causa adepta erat. *l. 2. C. h. t.* Neo tamen adversus maritum festinatis votis adscitum tam morosa lex est; etsi enim bio infamis quoque fiat, reliquae tamen poenae illum non feriunt: nisi quod mulier ipsi ultra tertiam bonorum partem in dotem dare vel donare testamentove relinquere prohibetur. *l. 1. C. h. t.* His autem poenis fit etiam obnoxia mulier, quae absque nuptiis parit intra annum luctus, modo constet, foetum ex marito defuncto non fuisse conceptum. *Auth. Eisdem C. eod. tit.* Quin etiam post tempus lugendi, mulier tutrix liberorum suorum, quae contra sacramentum suum, non redditis rationibus nec praestitis reliquis, ad secundas nuptias transvolat, iisdem poenis subjicitur, *d. Auth.* ubi tamen in fine videtur indicari, juramento mulieribus remisso jure novissimo, simplicıter eas a tutela repelli.

10. Examinandi porro sunt casus, quibus secundarum nuptiarum poenas, quae dicuntur, cessare volunt Interpp. quorum *primus* est, si ex priore matrimonio nulli extent liberi, sive ante, sive post repetitas nuptias obierint, quod verum est in his quae ad favorem liberorum prioris matrimonii pertinent. Groeneweg. *ad tit. C. de Sec. nupt. l. 3. n.* 5. Sand. *d. lib.* 2. *tit.* 3. *def.* 1. Casum II. ponit idem Groenewegius, si vir aut mulier a Principe secundas nuptias impetraverit, per *l.* 10. *de His, qui infam. not.* minus justo argumento: nam a poenis nuptiarum intra annum luctus, ad amissionem beneficiorum quae dantur liberis prioris thori, non valet consequentia. Nec adeo Princeps concedendo secundas nuptias, quidquam praeter id, quod in odium illarum, veramve poenam, non quod in aliorum favorem sit constitutum, abolere videtur. Casus III. ponitur, si conjux superstes ex voluntate defuncti nuptias contraxerit, quam exceptionem agnoscunt laudatissimi scriptores, Gailius *l. 2. obs.* 98. *n.* 18. Mynsinger. 5. *obs.* 24. Christinae. *vol.* 3. *Decis.* 131. *n.* 11. Bachov. *ad Treut. vol.* 2. *disp.* 16. *th.* 4. *lit. D. ver. sicut. nec mariti.* Struvius *ad h. tit.* 53. *n.* 4. quem refellit Thomasius *ad posit. nostr.* 17. *h. t.* Magis placet negativa, quae est Corasii 3. *miscell.* 1. *n.* 12. Sarmienti 1. *Select. interpr. c.* 4. *num.* 3. Fachinae. 3. *Controv.* 65. Tuldeni *ad h. t. C. n.* 8. et Wissenbachii *d. disp.* 45. *th.* 3. Nemo enim potest facere quominus leges in suo testamento valeant. *l. 55. de Leg.* 1. Sed ut concedamus patrem posse liberis ut haeredibus prohibere ne beneficio legum utantur, nego, patrem id voluisse videri ex simplici permissione secundarum nuptiarum. Fuit amoris et aequitatis animi erga uxoris libertatem argumentum. Fuit consilium, quo notae fragilitati ejus voluit consultum. Fuit desiderium, ut ex alio fortean prolem masculam haberet; in quem casum videmus quidem matronas legatis a viris suis in spem secundi conjugii pignoratas. Nihil opus est, dicamus, patrem suos liberos beneficiis legum, quod ipse non dixit, voluisse privatos. Ipsum vero parentem binubum, non posse liberis suis, etsi haeredibus, vetare ne legibus illis utantur, extra controversiam et jam satis dictum est.

11. IV. Casus; si prioris matrimonii liberi eorumve tutores in secundas nuptias expresse consentiant, vel etiam, si tacite, Gail. *d. c.* 98. *n.* 22. Decker. *l. 2. dissert.* 4. *n.* 13. *cum seqq.* atque ita in Sabaudia eo tempore judicatum refert Faber *lib. 5. C. t. 5. def.* 5. Tacitum autem consensum ait Groenewegius esse, quando liberi promulgationibus secundarum

(l) *Pos.* 26.

* Uti satis certum est ex *Ord. Matrim. Elect. Sax. de A.* 1624. *puncto* 5. *in fine*, in Electorali Saxonia, Annum luctus in Viduabus requiri, nisi dispensationem principia ex juxta et probabili causae meritae sint; ita communior est sententia, canonum etiam auctoritate suffulta, cum alias poenas jure civili proditas, tum inprimis infamiam jure nostro cessare. Vide quae hanc in rem commentatus est B. Bergerus *in Dissert. de Concubitu intra tempus luctus*, c. 11. §. 6. 7. 8.

pareetum nuptiarum noe contradixerunt. *ad d. l.* 3. *n.* 10. Neque tamen beie cootraria sententia earet aucturitate gravissimaque ratiooe, probaote eodem Wissenbachio oostro *th.* 4. Ego, ut iiberos favori pro se introductu renuociare posse noo oegem, ita renunciasse videri, consoetiendo gratulandoque pareotibus de secuodiis nuptiis, uedum quiescendo, a ratiooe juris alieoissimum puto. Nemo sua voluntate jus suum amittit, oisi qui specialiter, aut saltem expresse renunciat. *l.* 4. §. 4. *Si quis caut. jud. siet. c. fact. nun obtemp.* Quid autem, an libsri id, quod nullo jure facere possuat, omittendo, jus soum perdoot? Noo possunt iotercedere promulgatiouibus euptiarum liberi pareotum. Nullius momenti, ridicula foret iotercessio; hano igitur omittendo jus sibi legibus quaesitum amitteot? Saodium laudat Groenewegius ex *lib.* 2. *tit.* 1. *def.* 2. *verb. succedit.* Quid ibi? Mater, quae potest impedire ouptias jure Frisico, videtur coosentire, *si* ooo impediat promulgationes. Au ideo liberi quuqua matris ouptias impedire poterunt? Aut si ooe poterunt, at certe nequeunt, taceodo jure suo iegali cadeot? Ἀθέμιτον, inlquum, oihilque mious qusm juridicum est! maxime, si et tutores lo fraudem pupillorum silesot, ut vult Groenew. Quio omne jus liberorum contra secundas ouptias hac una exceptinoe evauesceret; quia nunquam liberi promulgatiouibus nuptisrum, quas pareotes fieri curant, intercedunt, aut oootra eos protostantur, aut ullum, ioquam, jus habeot faciendi. Rectissime igitur ie nostro Foro jus liberorum exercetur sine ullo harum exceptiuuum obstaculo. Idemque jus per Belgium observari, testatur ipse Grueuewegius *ad d. l. n.* 3. ex JCC. Batavis, Christioaeo, Busio, Gudelino, Zypaeo, Corenio et aliis. Quibus idcirco hano ultimam exceptionem noe posse probatsm esse, manifestum est.

12. Quaeri solet, quid jure caoooico hac parte sit coostitutum. *Placet Sententia*, sic Wissenbachius ooster *d. disp. th.* 2. *distinguontium, eas tantum sublatas quae odio bigamiae, sive iterantis nuptias, sunt sancitae, non illas, quae favorem liberorum priuris matrimonii rospiciunt.* Sed huic distinctinoi obstat, quod secundis nuptiis oanones benedici vetaot, et quod presbyter iis loteresse nequeat. c. 3. *X. dc Secund. Nupt.* Quod bigami a digeitatibus ecclesiasticis excluduntur. c. 3. *X. de digam.* Quae omoia ad odium ouptiarum repetitarum, noe ad favorem liberorum pertineot. Recte tamen existimaot, qui, cum nulli textus jura liberorum tolisot, ea per canooes non esse abrogata statuunt; odiosas quippe lncutinnes de secundis nuptiis, aeque jure Romaoo frequentari, iotelleximus.

13. Verum poenas matrimooii iotra annum luctus contracti, jure canooico cessare, probabilius adfirmatur. Iofami a certe oominatim tollitur, et fit superstiti potestas ad secuoda vota libere transeundi. *cap. penult. X. de secund. Nupt.* Unde quaslibet atiam poenas esse sublatas, recte colligitur; etsi Pootifices abutaotur Apostolico dicto, superius *in fin. pr.* adductu, et rectius jure civili consultum. (4) Mores tameo jus canonum hac parte aequuntur, ut prolixe probat Grueneveeg. *ad d. l.* 2. *C. h. t.* uisi quatenus Statutis municipalibus alicubi oovae sanctiooes siot conditao, ut apud nos spatium oovem mensium est praefinitum, poena arbitraria, *l.* 1. *Stat. t.* 1. *art.* 14. le Hollandia sex meeses, alibi plus minusve, ut testis est Groeoevveg. *ad d. t.* 1. Viris oulium tempus est praescriptum. * Statuta tamen nostra *dicto loco* tompus hnoestatis praecipiunt, quod ost arbitrarium. Vulgus sex hebdomadas quam minimum praesumit. Sed decora gravitatis reputatio loegiorem morsm commeedat.

(4) *Secundum Apostolum* 1. ad Corinth. cap. 7. v. 39. mulier alligata est legi quanto tempore vir ejus vivit, quod si dormiarit vir ejus, liberata est: *adeogne statim a morte viri liberata est: nsc proinde abutuntur Apostolico dicto Pontificii dum exinde concludunt, muliersm, si intra annum luctus nubat, jure sno uti, nec infamia puniendam ssse, licst non improbandum, sed laudandum sit factum ejus, quas vel ab iis penitus abstineret, vel saltem in hoc tempus differret, nt confusio sanguinis non sit metuenda. Vide Gonzalez ad* cap. penult. X. da secund. nupt.

* Par *l.* 9. *pr. ff. ds his qui not. infam.* Sed in Saxonia Electorali semestre est, qand expectare jubentur mares, in *Ord. Matrim. de A.* 1624. *punct.* 5. *in fin.*

TIT. III.

DE JURE DOTIUM.

I. Favor dotium, et nomina Graeca. II. Definitio, et quatenus sint causa onerosa. III. Divisiones, et quatenus Pater dotare cogatur. IV. An etiam ex post facto teneatur, etsi non promiserit. V. Matrem regulariter non teneri, secus ac hodie. VI. Causae et modi dotem constituendi. VII. Quid si dos simpliciter sine quantitate promissa sit. VIII. Expositio, et vindiciae L. ult. C. de dot. promiss. *IX. Nota verae Dotis ad usum hod. X. Quae res in dote sint, et quo sensu vocetur Universitas. XI. Jus dotis quid a dote differat, et de actione, quae marito datur. XII. De sponsalitia largitate. XIII. De Arrhis sponsalitiis. XIV. De bonis paraphernis. XV. An ab iis Receptitia discrepent. XVI. De rebus propter nuptias donatis*, remiss. *XVII. Moribus fere obsoletas esse dotes. XVIII. Quid jure Frisico. XIX. Donationes propter nuptias obsoletae. XX. Donationum ante Nuptias usus. XXI. De Dotalitia largitate.*

Quantum onus sit honesta familiae sustentatio, quamque impediti, quibus in re angusta, uxori liberisque prospiciendum, ille Menandri servus de suae domus agens miseria, satis efficaciter dixit, apud Gell. 2. 3.

Ω' τρὶς κακοδαίμων, ὅστις ὢν πένης γαμεῖ,
Καὶ παιδοποιεῖ. ὡς δ' ἀλόγιστος ἀνήρ.
O ter infelicem, qui pauper uxorem ducit,
Operamque dat liberis, quam male ponit calculos!

Ideo dotes repertae sunt, quarum praesidio mariti sublevarentur atque ad ineunda matrimonia invitarentur. Indotatae enim difficulter maritos inveniunt, Plautus *Aulul.*

Virginem habeo grandem, dote cassam, inlocabilem. Idcireo dotium causa semper et ubique praecipua est. Namque publice interest, dotes mulieribus conservari, cum dotatas esse feminas, ad sobolem procreandam replendamque liberis civitatem, maxime sit necessarium, ait *Lex.* 1. *Sol. matrim. dos quemadm. pet.* Adde *l.* 2. *h. t.* Vocatur autem dos Graece φέρνη, bona reliqua mulieris παράφερνα, *unde vulgo paraphernalia*, id est *praeterdotalia*, de quibus *infra.* Apud Homerum Agamemnon Achilli filiam suam e tribus unam, offert ἀνάεδνον, (indotatam, ait interpres *Iliad.* 1. *v.* 164 Maln) *sine sponsalibus donis.* Sic enim Didymus *ad d. vers.* Ἀνάεδνον, ἄνευ ἕδνων. Ἕδνα δ' εἰσὶ τὰ πρὸ τῶν γάμων τοῦ νυμφίου διδόμενα δῶρα τῇ νύμφῃ. Ἕδνα *sunt quae ante nuptias a sponso dari solent sponsae.* Patet hoc etiam ex eo, quod Agamemnon mox subjicit, Ἐγὼ δ' ἐπιμείλια δώσω. *Ego vero dotem dabo*, quod est patria. Didymus. Μείλια δ' εἰσὶν, οἷς μειλίσσονται οἱ τῶν νυμφῶν πατέρες τοὺς ἄνδρας, Sunt Μείλια, *quibus Sponsarum Patres viros demulcent.* Προῖκα δὲ λέγει, pergit Didymus, τὴν ἡδέως διατιθεμένην τὰ κατὰ τὴν ψυχήν. *Vocat* προῖκα, quae vox alias dotem significat, *dispositionem animi suavem in sponsa.* Haec de verbis.

2. (a) Definimus DOTEM, quod sit *Donatio quaedam, facta marito ad sustinenda onera matrimonii.* Genus placuit *donatio quaedam.* Etenim esse eam donationis speciem, vox indicat. Est enim Graeca, Δώς, significans donationem, ut in Hesiodaeo illo:

Δὼς ἀγαθή, ἅρπαξ δὲ κακή.
Quam bona dos est, tam mala rapacitas.

Cum quo bene convenit, quod antiqui juris conditores inter donationes, etiam dotes connumerarunt, ut Justinianus testatur in *l. ult med. pr. C. de Donat. ant. Nupt.* Quia tamen datur ad onera matrimonii sustinenda, et quibusdam necessitas eam dandi injungitur, addenda fuit impropriae locutionis *nota*, ut in definitione legati. Finis qui differentiae causa adjectus est, *oneris ergo matrimonialis*, est in *l.* 56. §. 1. *h. et l.* 20. *C. eod.* Hinc inter lucrativativas causas non numeratur. *l. un. vers. Si vero. C. de impon. lucr. descr.* Etsi revera in accipientis *lucrum* vertatur, ut *ibidem* textus. Idem est. in *l.* 19. *de O. et A.* Ex promissione dotis non *videtur causa lucrativa esse.* Denique *non est ista donatio, cum pro oneribus matrimonii* detur. *l.* 21. §. 1. *de Don. int. vir. et ux.* Ideo pro genere in definitione dotis placuit aliis vox *pecuniae*, ut post alios D. Wissenb. ad *h tit. th.* 1. voce *pecuniae* latissime sumpta pro omnibus quae sunt in patrimonio. *l* 5. *de V. S.* Hoc tu e proprietate *onerosa* tuto colligas, maritum ignorantem non teneri actione pauliana, qua teneretur, si dos pro lucrativa causa haberetur, secundum *l.* 6. §. 11. *et l. ult.* §. 1. *quae in fraud. Cred.*

(a) *Pos.* 7. *et* 8.

quibus alii jungantur effectus discrepantes ex *d. l. un.* et *l.* 19. *de O. et A.* Hoc operae pretium non est moneri, esse quidem matrimonii accessorium dotem, minime tamen necessarium; *non enim dotibus, sed adfectu matrimonia contrahuntur. l.* 11. *pr. C. de Repud.* Quo facit, quod multis gentibus sapientibus dotes improbatae fuerint, morum causa, qua re nihil decantatius. Loca veterum in hanc rem accumulare, longum ac otiosum esset.

3. (b) Definitionem sequitur divisio dotis, quae in summa duplex traditur; est enim profectitia, vel adventitia. Necessaria, aut voluntaria. Profectitia dos est, quae datur a parente virilis sexus, etsi filiam in potestate non habeat, qua in re differt a peculio profectitio. *l.* 5. *in pr.* et §. 10. *h. t.* Dos adventitia vocatur, quae a matre, vel ab alio quovis datur. *d. l.* 5. §. 11. *l.* 6. *C. h. t. l. un.* §. 13. *C. de Rei ux. act.* Ulpian. *fragm. tit* 6. Porro, dos necessaria est, ad quam pater tenetur, respectu filiae quam in potestate habet, si prohibeat eam nubere, et dotem dare noluerit. *l.* 19. *de Rit. Nupt.* Voluntaria, quae datur nullo jure cogente, ab aliis quam a patre liberos in potestate habente. *arg. d. l.* 19.

Ait autem dicta lex 19. ex. *cap.* 35. *legis Juliae* cogi patrem, si liberos injuria ducere uxorem vel nubere prohibuerit. prohibere autem videri, et *qui conditionem non quaerit.* Hoc autem a verecundia soli seculique nostri abhorret, utique respectu dotium pro filiabus, quibus non patitur decus et pudor, ut parentes quaerant conditiones. Necessitas igitur *nostris moribus* tantum habet locum, si pater filiam impediat, honestasque conditiones, aetate jam matura, repudiet ac avertat. Inde pendet etiam quaestio, an pater filiam, quae inscio et invito illo nupsit, dotare cogatur? Quam esse quaestionem otiosam ac inertem, cum jure *nullum* sit ejusmodi matrimonium, scribit Wissenbach. noster *ad hunc tit. th.* 9. Respondet tamen adfirmative, vir minime ineptus Mornacius *ad d. l.* 19. At sani sensus ratio, id de filia nubere prohibita et plusquam matura, forte jam annis XXV. majore, vult intelligi; qualem ab avari patris raptam penatibus, esse nihilominus dotandam, a senatu Parisiensi judicatum, refert *ibidem* Mornacius.

Usque adeo intendunt hanc necessitatem Interpp. ut si dos data sine culpa filiae perierit, eam denuo a patre dotandam censeant, Mornac. ad *d. l.* 19. Fab, *Cod. l.* 5. *tit.* 6. *def.* 13. scilicet, si perierit antequam marito daretur, vel ad secundas nuptias; non ita scilicet, ut dos viro data et consumpta, durante eodem matrimonio, reddenda sit.

4. (c) Quod si pater filiam simpliciter in matrimonium collocaverit, nulla dotis promissione facta, potestne cogi deinceps ut filiae dotem constituat? Videtur omnino per *d. l.* 19. ubi Mornacius. Idem Perez. *ad tit. C. de Dot. promiss. n.* 10. Struv. *Ex.* 30. *th.* 7. Brunnem. *ad l.* 21. *C. h. t. n.* 3. Quae tamen limitanda videtur sententia, nisi filia sit locuples; tunc enim cessat ratio coactionis illius satis molestae: nam ita plane statuendum est, patrem non teneri ad filiam locupletem dotandam, *arg. l.* 5. §. 7. *de Agnosc. et al. lib.* et *l. ult. C. de Dotis promiss.* ubi quaeritur, si pater simpliciter dotem promiserit, utrum ex suis an filiae bonis, eam pollicitus videatur: quod otiosum esset, si filiam bonis praeditam dotare cogeretur, etsi obiter paternum officium dicitur esse indistincte, dare dotem; quod aliunde restringendum. Plenius id probat, ac ab objectis vindicat D. Wissenbach. ad *h. tit. th.* 8. Quid si maritus sit locuples? Si duxerit alienam filiam patre consentiente sine conventione dotis, difficile dictu est [a] eum postea cogendi jus habere; cum indotatam sciens duxerit, cessante praesertim ratione juris publici, ut matrimonium familiaque consistere possint. *d. l.* 1. *Sol. matrim.* Unde si non sit dives gener; et socer sit locuples, non est haerendum, quin etiam postea dos recte petatur; *ex d. l.* 19. quin nec auctores supra laudati limitationes alias omnino adducunt, patremque simpliciter teneri scribunt. Ratio tamen illas exigere videtur, et, nisi fallor, usus illas probaret: maxime cum petitio dotis ex *postfacto*, nulla promissione facta, prope insolens et rari usus esse videatur. Quid si pater non consenserit expresse, verum tacite passus sit nuptias promulgari, celebrari, numquid tum cogi posset ad dotandum? Si verum est, quod Sandius scribit in *lib.* 2. *tit.* 7. *def.* 5. patrem, qui non nisi tacite nuptiis consensit, non teneri

(b) *Pos.* 11. *et* 12. (c) *Pos.* 13.

[a] Reipublicae Romanae intererat, mulieres non esse indotatas, ut in magna hominum nequitia, matrimoniorumque fuga, vel hoc lucro alliciantur mares ad replendam sobole civitatem. *l.* 1 *D. Sol. Matr.* In magna etiam divortiorum licentia erat in manu mariti uxorem, quam spe dotis accipiendae, absque tamen conventione, duxerat, iterum dimittere, quo ipso, ne matrimonia alias bene concordantia dissolvantur, prospiciendum erat magistratui, et cogendus pater. Quae omnia si quis temere applicaverit nostrae civitati, ne ille magnum erraturus est errorem. In Germania nostra ab antiquissimis temporibus dotem non uxor marito, sed maritus uxori obtulit, ut Tacitus *in Germ.* c. 18. annotavit. Et postquam mares hujus juris negligentiores facti sunt, legibus feminis constitutum est emolumentum, quod vulgo portionem statutariam appellamus. Licet ex his argumentum contra dotium ab uxoribus offerendarum necessitatem petere.

ad usumfructum de bonis adventitiis reddendum liberis, minus profecto ad dotandum teneri videbitur. Sed de usufructu quidem probavimus contrarium *Part. II. pag.* 44. *et* 45. Proinde cum matrimonium eo casu constat, nulla est ratio cur dotandi publica necessitas, adeo favorabilis, inde, si termini habiles adsint, removenda sit, quam alii quoque patri, licet dissenserit, injungendam putant; scilicet in locis ubi tale matrimonium nihilominus subsistit, ut Mornacius ad *d. l.* 19. quod tamen recte negat Perezius ad *tit. C. de Dot. promiss. n.* 11. Nempe si per patrem non steterit quominus filiam elocaret.

5. (d) Necessitas igitur dotandi filiam venit ex patria potestate. Emancipatio filiam removet a sacris patris, et quasi extraneam constituit. Ideo quia non pater modo, sed avus etiam ratione neptis quam in potestate habet tenetur; imo hic solus, quia pater, si is ipse in potestate sit, tum non obligatur, ut patet ex *l.* 5. §. 8. *h. t.* Perez. *ad d. tit. C. de dot. promiss. n.* 13. Matrem non teneri ad dotandum, sed hujus respectu dotis dationem esse *voluntariam*, sicut in omnibus extraneis, aeque inde manifestum est, et ex *l.* 34. *h. t. et l.* 14. *C. h.* quae docet tamen, esse legibus expressas speciales causas, quibus mater ad dotandum quoque teneatur, veluti si pater sit inops, mater haeretica, *l.* 19. §. 1. *sed et dotes C. de Haeret.* quae est Justiniani, cum *d. lex* 14. sit Diocletiani et Maximiani, qui duobus et amplius seculis illo sunt vetustiores. Quaenam igitur sunt *causae lege specialiter expressae*, de quibus illi in *d. l.* 14.? Credibile est haec verba esse a Triboniano adsuta, ut interpolationes non tantum in Pandectis, sed etiam in Codice ab illo sunt exercitae. Hotom. 6. *obs.* 20. Fratri tanto minus incumbit necessitas dotandi sororem, quanto minor est ejus necessitudo: nec probat secus *l.* 12. §. *pen. de Administrat. Tut.* Tutori enim non modo necessariae, sed etiam valde probabiles expensae restituuntur, ut ex ipso illo §. *pen.* videre licet. Verum hic articulus de necessitate dotandi filiam soli patri incumbente, moribus hodiernis abiit in desuetudinem, onusque illud utrique parenti incumbit. Cujus mutationis haec est ratio, quod jure civili paterfamilias totum onus familiae, omne lucrum et omne damnum ferebat, ut dictum ad *tit. D. de Societate n.* 3. Nunc autem in pluribus populis universalis fit bonorum societas inter conjuges; huic autem societati, etiam inter extraneos, imputantur sumptus dotandi sociorum filias, *l.* 73. *in fin. et l.* 81. *pro Socio*, ut observat Perezius *ad d. tit. n.* 14. Sed hoc verum est de societate, qua res omnes etiam haereditatis plenissime communicantur. *d. l.* 73. *in pr.* Non aeque de societate simplici omnium bonorum, qua non haereditates, sed ea tantum quae ex quaestu et collaboratione veniunt communia fiunt; huic enim dotes filiarum non imputari, satis constat. *arg. l.* 7. *et seqq. d. tit. pro Soc.* Quid ergo in iis populis, ubi talis societas acquaestuum, ut vocant, inter conjuges obtinet, an ibi dotandi onus non erit commune parentibus? Non est dubium, quin apud nos, et ubicumque patrimoniis conjugum separatis lucri tantum et damni communio est, onus tamen dotandi communes filias utrique commune sit, ut haec pro differentia societatis conjugalis a vulgari merito habeatur, neque dubitem huc producere, quod alii de societate conjugum universali adfirmant, si pater filiae simpliciter dotem dare promiserit, eam tamen ex communibus, non ex suis tantum bonis intelligi factam, veluti suo et pro uxore, nomine curatorio. Covarruv. *var. resolut. l.* 3. *c.* 19. *n.* 3. Groenew. *ad l.* 14. *C. de Jur. dot. n.* 1.

6. (e) Definitionem et divisionem sequitur *constitutio* dotis; circa quam, ut in dominio adquirendo, causae a modis distinguendae sunt. Causae dotis constituendae sunt promissiones, tam stipulatio, Ulp. *fragm. tit.* 6. *de dot.* Caj. 2. *Inst. tit.* 9. §. *sunt et al. obl.* 4. quam pacta simplicia, scripta vel non scripta, quae jure novo legitima et vi actionis praedita sunt, *l.* 6. *C. de Dot. prom.* qua de re vide observationes quasdam D. Wissenbachii *ad h. t. th.* 12. Modus quo dos constituitur et adquiritur, est traditio, §. 40. *Inst. de A. R. D.* per quam dominium rerum dotalium in maritum transfertur, non dotis universae, quae consistit ex rebus tam incorporalibus quam corporalibus, sed rerum singularium et traditionis capacium, ut prolixe demonstratum est *in lib.* 4. *Digress. cap.* 9. ubi et de natura dominii illius, de qua similiter actum *ad tit. Inst. Quib. alien lic. vel non. n.* 7. Hoc intellectu, potest mulier aut parens vel quilibet alius, tantum in dotem dare quantum libet, etsi omnia sua bona dare velit, quod nulla lege prohibetur, *l.* 4. *C. h. t.* salvo tamen restitutionis in integrum beneficio, si imprudenter consuluerit, tam major, quam si minor aetate sit, idque de causis legibus proditis, *l.* 9. §. 1. *de Minor. l.* 6. §. *ult. h. et l. un. C. Si advers. dot.* quae observatio non eget τοῦ oppono et respondeo, ut D. Wissenbach. eam induxit *heic th.* 5.

7. (f) Si dos simpliciter sine quantitate vel specie rerum promissa sit, an valeat, non levis est controversia, de qua varias Interpretum opiniones recensere longum nec instituti est

(d) *Pos.* 14. (e) *Pos.* 15. 2. *et* 17. (f) *Pos.* 19.

nostri. Puto hanc esse thesin juris verissimam. *Promissionem dotis, licet incertam, valere,* per rationem Papiniani in *l.* 69. §. 4. *h. t.* quod dotis quantitas, etsi non expressa, pro modo facultatum patris et dignitate mariti facile constitui possit; secus ac in fundo promisso non demonstrato, *cum inter modum constituendae dotis et corpus ignotum differentia magna sit*; quam rationem cur Antonius Faber, nulla ratione contraria, converlat, mirari liceat, in *l.* 5. *C. tit.* 6. *def.* 13. Papinianus rectissime addit, idem juris esse, quanquam de arbitratu promittentis aut alterius nihil adjectum sit; hoc enim tacite, ab eo, qui dotem promisit, intellectum videtur, *d.* §. 4. ut ab illa adjectione rem male suspendat Perezius, ad *tit. C d. Dot. promiss. n.* 5. nec id probat *Lex* 3. *C. d. t. de Dot. promiss.* dum ait; eum, qui dotem promisit, non *addita quantitate*, sed daturum *se quodcunque arbitratus fuerit ipse*, teneri; quid enim magis incertum et arbitrarium esse potest? De uxore, quae dotem promisit, aliud rescripsit Alexander. *in l.* 1. *C. de dot. promiss.* Si nihil aliud nuptiali instrumento sit adscriptum, *ait* quam quod ea, quae nubebat, dotem dare promiserit, actionem ad dotem constituendam marito non dari. Exceptionem a priore sententia esse dixerim, *si uxor ipsa promiserit*; hac, opinor, ratione, quod bona mulieris non secreta in dotalia et *paraphernalia*, quae dicuntur, impleto matrimonio, simplicia, id est *praeterdotalia*, sint facta, eeo id invita illa mutari possit.

8. Non potest hcic praeteriri *lex ult. C. de Dot. promiss.* propter scandalum quod inde capiunt Interpp. de quo vide Groenewegium *ad d. l. ult.* et Wissenbachium *ibid. et th.* 10. *h. t. Quid obtusius*, ait hic, *et Boeotico ingenio convenientius, quam* quod est in *d. l. ult. dici potest?* ex Hotomanno *Disp. de dotib. c.* 3. *n.* 19. Videamus, an justa sit haec reprehensio, tam parum comis in majestatem Caesaris. In Lege sunt hae theses. Prima, *Si pater pro filiafam. aut emancipata locuplete et Patris creditrice dotem simpliciter promiserit, de suis propriis bonis eam promisisse videtur.* Hoc articulo nihil simplicius, quam ut idem, qui promisit, maxime pater, de dote teneatur, cum dotatio ad ejus officium pertineat, ut nec moribus nostris aliter, quidquid Groenewegius ad *h. l. n.* 5. *et seqq.* obtinere putem, ut putavit et judicavit Camera Spirensis, apud Mynsing. *Cent.* 5. *Obs.* 32. *n.* 2. idemque merito statuit Christinae. *Vol.* 3. *Decis.* 132. *n.* 14. *in fin.* Altera thesis Justiniani; *Quando Pater egenus de suis et filiae bonis dotem promisit, tota de filiae bonis debetur.* Nec hoc absurdum. Dotis promissio non debet esse irrita, per *l.* 1. *D. Sol. matrim.* Proinde habeat effectum, ut potest; patris nihil habentis respectu, non potest habere effectum: ideoque ejus qualitas adjectitia est, Curatoria respectu filiae valet. Duas objectiones habet Wissenbachius; *Mirari hic liceat*, inquit, *judicium Imperatoris; ponit, patrem promisisse dotem ex rebus filiae; itaque ex alieno liberalem esse qui de suo esse debebat.* Resp. Quomodo de suo, qui nihil habeat? hoc enim casu solo in filiam incumbit onus. Et cur, quod in ipsius gratiam tendit, jure Patriae vel curatoriae potestatis in ipsum a lege derivari nequeat? Hoc solum est irregulare in hoc casu; quod promissio utriusque nomine facta, quae altera parte est irrita ob inopiam patris, filiae soli impingitur. Id autem favori dotis, et juri patris ipsi filiae prospicientis tribuitur. Secunda Wissenbachii objectio: *Ponit, patrem promisisse filiae quod jam ante ipsius erat, contra* §. *Sed si rem.* 10. *I. de Legat. l.* 3. §. 4. *de Adquir. poss.* Quid hoc, an dos promittitur filiae, an heic ejus fit proprium quod jam erat ipsius? Nihil minus verum. Promittitur marito, *l.* 5. *C. de Dot. prom.* nec usquam aliter; maritus idem fit dominus dotis, sive rerum dotalium, non filia durante matrimonio, ut *alias* dictum et *modo* repetitum est. Tertia *thesis* Justiniani; *Quando Pater locuples suo et filiae nomine promisit dotem, de suo tantum eam praestare tenetur.* Hoc aliquid amplius τοῦ παραδόξου habet, non tamen est παράλογον. Wissenbachius: Imperator *onus dotandae filiae transfert in solum Patrem, quod vi promissionis factae commune esse debebat.* Resp. Justinianus derogat patri locupleti jus dotandi filiam ex filiae bonis. Censet aequum, si pater dotare velit, de suo id ut faciat, filiae vero de suis bonis arbitrato proprio dotem dare vel non dare permittat; quod iterum in favorem dotis et ad ampliandam ejus facultatem introductum, utique sine convitio saltem tolerari censuraeque tam leoninae parci potuisset. Non nego tamen, simplicitati juris convenientius esse, quod Leo Caesar statuit in *Nov.* 21. Si pater communi nomine dotem promiserit, de utrisque bonis, si extent, eam esse praestandam, idque moribus hodiernis ita servatum iri, non videtur esse dubitandum. Quominus autem reliqui duo casus, ita, quemadmodum a Justiniano definiti sunt, observentur, nihil obstare videtur. Denique non modo super dote, sed etiam donatione propter Nuptias, *d. Lex ultima* in eum modum, quo diximus, constituit. De hac autem nos inferius.

9. (g) Ex praedicta *l. ult. et l.* 1. *C. de dot. promiss.* satis liquet, si dos promissa vel

(g) *Pos.* 16.

tradita non fit in hunc modum et finem, ut sit donatio quaedam pro sustinendis oneribus matrimonii, adeoque ut DOS sit, bona mulieris non esse dotalia, sed *paraphernalia* quae dicuntur. Cum enim promissio et traditio ad certum finem, sint res facti, quae non presumuntur, sed probari debent, *l.* 7. §. *ult. de Curat. fur. l.* 13. §. 2. *de Public. in rem act.* manifestum est, dotis dationem aliter non intelligi, quam si facta probetur, nec aliter usum habere privilegia dotis. Gail. 2. *obs.* 82. *n.* 2. *et seqq.* Fab. 5. *Cod. t.* 7. *def.* 18. Sand. 2. *tit.* 2. *def.* 2. Wissenb. *ad h. t. th.* 14. Nec tamen hujus finis expressio, vel titulus dotis, ad constituendum jus dotale sufficit; si bona marito non dentur, ut dominium et ususfructus ad eum pertineant, quemadmodum ad dotis essentiam requiritur *l.* 13. §. 2. *de Fund. dot. l.* 20. *C. de jur. Dot.* Quare cum mulieres pactis nuptialibus sibi rerum suarum non modo dominium, sed et administrationem reservant, et nihilominus dotale jus stipulantur, ea re nihil agi, nec privilegia dotis adquiri, maxime in praejudicium tertii, saepe consultos respondi. Quod autem dixi, promissam vel traditam esse oportere dotem; non est divellendum, quasi dos promissa non tradita, pro vera dote habenda esset. Etenim promissio, vel cautio sola, dotem non facit, *l.* 1. *C. de dot. caut. non numerat.* traditio illam demum in actu atque in esse constituit. *d. l.* 1. *d. l.* 13. §. 2. *et l.* 14. §. *pen. de Fund. Dotal.* Dotem igitur promissam vel traditam diximus, quae vel promissione praevia, vel sine pactione praecedente, in hunc finem specialiter tradita est. Cui sententiae nihil obstat, quod dos saepe dicitur cauta, promissa, ut facile intelliges, et explicat D. Wissenbach. ad *h. tit. th.* 6.

10. (h) Ex eo, quod toties diximus, dotem promitti, caveri, tradi, numerari, facile colligimus, hac voce res ipsas in dotem datas intelligi, *l.* 9. §. 2. *h. t.* quae dicitur universitas in *l.* 1. § 4. *de Dot. praeleg.* comprehendens omnia, sive cujusvis generis res, quae in patrimonio esse queant, mobiles, immobiles, incorporales quoque, ut ususfructus, *l.* 66. *h.* actiones et nomina, *l.* 2. *C. de O. et A.* quibus ipse quoque maritus uxori sit obstrictus, *l.* 77. *h. t.* ubi docet Jctus, ut dominia rerum in dotem datarum transeant in maritum, ita jus crediti in eumdem penitus transire; ideoque mariti debitum in dotem ipsi datum, confusione extingui, nec usuras ideo dotales censeri, quia nullae sunt, ubi sors nulla; secus quam si nomen alienum in dotem sit datum; hoc enim manet *nomen* sive creditum, et usurae manent, augentque dotem, si pariter in dotem sint datae. *l.* 69. §. 1. Nam alioqui fors in dote est, usurae marito cedunt, *d. l.* 77. quemadmodum usufructu in dotem dato, si aliud actum non sit, jus ipsum est in dote, marito cedunt fructus, *l.* 7. §. 2. *de Jur. Dot.* quod secus esse, quando bona simpliciter in societatem conjugalem inferuntur, diximus ad *tit. D. Pro Socio n.* 9. *in fin. et n.* 10. Quamvis autem dos recte universitas dicatur, noli tamen putare, dotem ejusmodi universitatem esse, qualis est haereditas, ut unum jus in re constituat, unamque pariat in rem actionem universalem. Talis in jure nulla est prodita. Rei uxoriae, vel ex stipulatu actio de dote universa, in personam est. *l. un. C. de Reb. ux. act.* In rem, quae datur marito, de singulis rebus competit, *l.* 9. *C. de R. Vind.* plane sicut patrimonium est universitas rerum, quae in cujusque bonis sunt, nec tamen est unum jus in re, quia nulla ex eo in rem actio universalis nascitur; ita viam veritatis ignorare, qui jus dotis universale jus in re esse volunt, accurate probavimus in *praed lib.* 4. *Digress. cap.* 9. Hoc interim tenendum, universitatem dotis esse vel inaestimatam, vel aestimatam. Priore sensu denotat res omnis generis, *l.* 9. §. 3. *h.* quae finito matrimonio uxori eodem numero et statu, quo durant, restituuntur, sive fiunt meliores aut deteriores. *l.* 10. *pr. et seqq. h. t.* Universitas aestimata, constat vel certa quantitate pecuniae, v. gr. decem millium aureorum, vel rebus omnigenis pecunia aestimatis, ut ejusmodi summam efficiant. Atque hoc casu maritus non ad res, sed pecuniam illam tenetur restituendam; ideoque periculum singularum rerum ad ipsum pertinet, *l.* 5. *et l.* 10. *C. h. t.* quo respectu viro magis expedire dicitur, ut res ne sint aestimatae, *l.* 10. *in pr. h. t.* atque de tali universitate aestimata capiendum, quod impensae dotem ipso jure minuere dicuntur, in *l.* 5. *pr. de Impens. in rem. dot.* qua de re *inferius in loco* dicendum.

11. (i) Hinc etiam intelligi potest, quid *Jus dotale* differat a *dote*: non ita ut jus dotale significet JUS IN RE, quod maritus habeat in res universas dotales, quam opinionem refellimus in *d. Cap.* 9. *lib.* 4. *Digress.* verum jus dotis *in hac rubrica* significat facultatem, qua res dotales ad maritum pertinent. Si cauta vel promissa sit, habet actionem personalem ad dotem a promissore petendam, quae est ex stipulatu, si stipulatio intervenerit, sive condictio certi, *pr. I. de V. O.* vel est condictio ex lege, si pactum intervenerit, ex lege 6. *C. de Dot. prom.* Quando autem dos est tradita, maritus habet dominium in rebus corporalibus, *ut*

(h) *Pos.* 10. (i) *Pos.* 9.

dictum, et pro illis rei vindicationem. *l.* 9. *C. de R. V.* Si ususfructus sit, habet actionem confessoriam, *l.* 78. §. 1. juncto §. 2. *I. de Action.* Si actio vel obligatio, maritus habet utilem actionem adversus debitorem. *L.* 2. *C. de O. et A. l.* 71. *h. t.* Proinde si annuum quid in dotem promissum fuerit, actio quotannis, hoc est, initio cujusque anni, dabitur, ut ad *tit. de Annuis Legatis* videbimus. Non infrequens hac de re quaestio est, an, cum socer genero ad *sustinenda onera matrimonii* certam pecuniae summam quotannis promiserit, haec etiam, uxore liberis superstitibus mortua, peti possit. Pro adfirmativa facit, quod liberi sunt onera matrimonii maxima, et quod promissio annui sit perpetua, ac ad haeredes transitoria. *l.* 16. §. 1. *de V. O.* cui accedit, quod dotes, ut in foro servatur, ad liberos mulieris indistincte pertineant. Sand. *lib.* 2. *tit.* 2. *def.* 5. Verius tamen est, post mortem mulieris in hac specie non dari petitionem cum effectu; quia finito matrimonio, promissionem quoque ad onera matrimonii sustinenda finiri, necesse est, cum sine matrimonio dos esse nequeat. *l.* 3. *h. t.* Unde patet responsio ad primam rationem. Secunda ratio vera est, in promissione Annui simpliciter facta, *d. l.* 16. §. 1. non seque in ea, quae se refert ad certum finem et statum, qualem hanc esse vidimus. Idem ad tertiam rationem tenendum. Atque ita Supremae Curiae visum est, *in causa Dris Jacobi Reecalf. etc.* contra *P. H.* ante Pentecost. 1680. An ex dote non annuatim, verum una pensione promissa, mortua sine liberis uxore, detur actio genero, videbimus *infra*. Habes apud Sandium *d. lib.* 2. *tit.* 2. *def.* 6.

12. (k) Satisfactum est rubricae, de jure dotium; quod antequam cum moribus, ut est ratio nostra, conferamus, adfinia dotibus jura bonaque in jure cognita recensebimus. Sunt autem haec; sponsalitia largitas, parapherualia, receptitia bona, et donatio propter nuptias. Sponsalitia largitas, est donatio, quam facit sponsus sponsae, vel haec illi, quod raro evenire, dicit Justinianus in *l.* 16. *C. de donat. ant. nupt.* Fit autem haec vel pure, vel sub conditione. Pure, quando *liberalitatis gratia* sponsus *aliquid dat, ut confestim faciat accipientis, nec unquam ullo facto ad se reverti velit*, *l.* 1. §. 1. *de Donat. Confestim.*, ante diem nuptiarum; quod enim ea lege sponsae donatur, ut tunc dominium ejus adipiscatur, cum nuptiae fuerint secutae, sine effectu est, *l.* 4. *C. d. tit. de Don. ant. nupt.* propter vetitas inter virum et uxorem donationes, de quibus *infra*. Hujus igitur purae donationis hic est effectus, quod dominium statim transferatur, nec deinde

(k) *Pos.* 1. 3. *et* 4.

revocetur. *l.* 12. *C. eod.* Si videlicet hoc diserte sit adjectum, ne ullo casu revocetur, *dd. ll.* nec id puto novis constitutionibus esse mutatum, etsi aliter Perezius *ad d. tit. n.* 10. Sub conditione quae fit donatio, vel expressam, vel tacitam habet conditionem. Expressa conditio, quae regulariter *alias* est suspensiva, in hoc negotio non nisi resolutiva esse potest, per ea, quae modo ex *d. l.* 4. diximus, Nempe sub lege, *nuptiis non secutis*, *ut res* auferatur. *d. l.* 1. §. 1. Quin imo haec conditio tacite semper inest his donationibus, ut si sponsa vel ejus parentes nuptias impediverint, donata restituantur. *l.* 15. *d. tit. C. de Donat. ant. nupt.* Idem est, si morte nuptiae praeveniantur, nisi sponsus osculo interveniente sponsae donaverit; hoc enim casu dimidia pars donationis manet penes sponsam, *l.* 16. *eod. tit.* idque ita, nisi aliter expresse convenerit. *l.* 7. *eod.* Idemque locum habet in dote, quae data est mulieri nondum per aetatem habili ad matrimonium. *l.* 8. *de condict. caus. dat. non sec.* Cujus legis argumento apud Sandium Curia nostra judicavit, donationem ante nuptias factam, non modo revocari, si matrimonium plane secutum non sit, verum etiam, si per mulierem steterit, quominus *tam diu duraret*, *donec divina providentia matrimonium morte alterutrius*, *naturali cursu*, *dissolveretur*. Consequenter haeredes mulieris, quae nuptiis concubitu impletis, strepente adhuc Hymenaeo, se odio viri suspenderat, non habere petitionem rerum, sponsae nuptiarum causa donatarum, *lib.* 2. *tit.* 2. *def.* 1. Textus ille quidem *d. l.* 8. ita non fert, nec alibi legere memini, sponsalitiam largitatem matrimonio semel impleto, propter divortium, vel finem conjugii alterius culpa evenientem, revocari, quin contrarium e *textibus praedictis*, qui de repudio, vel morte ante nuptias impletas, specialiter loquuntur, colligendum videtur; etiam vero ex *l.* 64. *de Don. int. vir. et ux.* Perez. ad *d. t. C. n.* 14. In judicando tamen, a sententia Curiae recedere nolim. Alia enim est ratio veteris divortiorum licentiae, et alia sanctitatis matrimonii christianae, secundum quam non est dubium, quin e partibus id actum sit, ut ad mortem usque in officio conjugali perseverarent. Proinde si quando contra id, quod ex natura negotii actum erat, mulier commiserit, donatio hac gratia facta merito infringetur. Ea eadem ratione censui aliquando, negari posse mulieri ante nuptias donationem promissam, ex eo, quod odio viri, ad hujus usque mortem pertinacissime corporis sui copiam, τὴν ὀφειλομένην εὔνοιαν, quam verecunde vocat Apostolus, ei, quod satis constaret, pernegaverat.

13. Caeterum, spoosalitiae largitatis partem facere videntur arrhae spoosalitiae, si nuptiae siot secutae: si noo sequantur, redeunt ad dantem, nisi per eum steterit, quominus sequerentur, * *l.* 3. *C. de Sponsal.* quod iotelligendum de sponsalibus mutuo consensu perfectis. Nam si arrha detur a viro mulieri non adstipulatae, sed deliberaturae, ut apud nos fit, eum hoc casu vir etiam poenitendi et revocandi jus habeat, ut ad *tit. de Sponsal. n.* 13. probatum est, arrham quoque repetendi jus habere videtur, *arg. d. l.* 3. quod refer *ad d. loc. de Sponsal.* Quid autem? An arrha non redditur sponso nuptiis secutis? Vel imputatur in summam propter nuptias donatam? An vero mulier habet eam praecipuam, ut seorsim donatam? Ita apud nos servatur, usu et Sandio teste. 2. 2. 8. Sentit autem, hoc a jure civili discrepare, secutus auctores laudatos. Saoe de Arrha ab emptore data ita juris est, ut in pretium competetur. Sed nescio, an arrhae sponsalitiae diversa non sit ratio, ob affectionem naturamque negotii. Probat *d. l.* 3. quae vult arrham restitui, *si sponsus vel sponsa decesserit* ante nuptias; ergo si postea moriantur, manet, ut quidem videtur.

14. Haec non nisi ante matrimonium fiunt; dos etiam postea constituitur, vel augetur. *l.* 19. *in pr. d. tit. C. de Don. ant. nupt.* Quae bona non dantur in dotem, ea sunt, ut vulgo communiter distinguunt, paraphernalia. Priora sunt, res simpliciter extra dotem constitutae, ut vocantur in *l. pen. pr. D. ad L. Falcid.* quae maritus administrat, verum ita, ut uxori rationes reddere debeat. *d. pr.* Cui etiam liberum est, prohibere viro administrationem. *l.* 8. *C. de Pact. conv. sup. Dot.* Quod si mulier viro cautiones sive nomina tradiderit, ut loco paraphernorum apud ipsum maneant, idque dotali instrumento fuerit adscriptum, videtur accepisse mandatum exigendi, non modo usuras, ut in rem uxoris et suam eos convertat, sed etiam sortes ipsas, uxori tamen reddendas, quae nec suum tacitum mandatum revocare prohibetur, et per alios exigere pecunias. *l. ult. eod. tit.* Quin etiam paraphernalia bona marito ita possunt tradi, ut in dominium ejus transeant, finitoque matrimonio non vindicentur ab uxore, sed condicantur ut alienata, neque tamen dotalia fiant, quoniam hoc animo data non sunt. *l.* 9. §. 3. *D. de Jur. Dot.* Cui puto consentaneum esse, quod etiam ante finitum matrimonium a muliere condici et repeti possint, per *d. l.* 8. *et ult.* Verum quae simpliciter in domum mariti ab uxore inferuntur, etsi illo chirographo sit confessus se accepisse, tamen eorum non fit dominus, sed depositi vel mandati tenetur, ut *in d.* §. 3. docetur.

15. A paraphernis bonis receptitia distingui solent; vereor ut recte: magis enim est, ut quae olim receptitia dicebantur, deinceps Παράφερνα vocata fuerint. Receptitia quidem diverso a paraphernis sensu in jure non reperiuntur. Dos quidem receptitia dicitur, sed alio sensu, quatenus qui dotem dat, a viro stipulatur, eam sibi post mortem mulieris redditum iri, *l.* 31. §. 2. W. *sed et dos D. de Mort. caus. don.* sed apud Gellium ipsa, ni fallor, parapherna vocantur receptitia. *Quando mulier*, inquit, *dotem marito dabat*, tum *quae ex suis bonis retinebat, neque ad virum transmittebat, ea recipere dicebatur, sicut nunc quoque in venditionibus, quae excipiuntur neque veneunt, recipi dicuntur. lib.* 17. c. 6. quod etiam in legibus nostris frequens, ut probat Brisson. *de Verb. Signif.* verb. *Recipere.* Videmus apud veteres bona uxoris fuisse vel dotalia, vel receptitia; recentiori jure, dotalitia vel parapherna. Vel dic ita, Graece bona mulierem sunt φέρνη vel παράφερνα, Latine dotalia vel receptitia. Ferme tamen ita servatur, ut quae bona mulier extra dotem ad se recipit, neque viro administranda permittit, haec receptitia appellentur, ut tamen esse parapherna, satis ex *supra dictis* intelligatur.

16. Ab his omnibus differunt bona propter nuptias donata, ** de quibus occupatum est agi *ad Inst. tit. de Donat. num. ult.* Olim ante nuptias donatio vocabatur, quia tantum ante matrimonium impletum fieri poterat. Postea receptum est, ut tam ante, quam post nuptias constitui, vel augeri posset; unde communi voce, *propter nuptias*, designatur. §. *pen. d. tit. I. de Donat. l. pen. C. de Don. ant. Nupt.* Vocatur ἀντίφερνα, quasi *reciproca dos*, quia datur uxori a marito in vicem et in securitatem dotis, eo sensu et effectu, quo vidimus ad *d. tit. Inst.* Adde Perez. ad *pr. d. tit. C. n.* 16.

* Quo casu nocentis arrha ab innocente retinetur, aliquando etiam, ex moribus nostri etiam fori, Consistorio vindicatur. Conf. Mencken. in *Theor. et Prax. D. p.* 731.

** De donatione propter nuptias, actum fuit superius ad *lib.* 20. *tit.* 4. de muneribus nuptialibus, quae forte noviter nuptis ab amicis offeruntur, hoc loco observare licebit, ea apud nos regulariter utrique conjugum aequaliter cedere. Carpz. *P.* 2. *C.* 22. *def.* 1. Richt. *de Success. Int. Sect.* 4. *membr.* 3. *n.* 52. nisi forte inter conjuges eorumve parentes aliud convenerit. Si tamen, post mortem mariti, dona nuptialis non amplius extent, viduam eorum aestimationem petere posse, negat *Dec. El.* 51. ad quam vid. Phil. *Obs.* 2. Secus olim visum fuit Carpz. *P.* 3. *C. El.* 22. *def.* 6. conf. *supr. P. I. p.* 413. ubi in donis nuptialibus, dotis loco datis, aliud obtinere, fuit monitum.

17. Hactenus ex jure civili. Moribus hodiernis haec instituta magnam acceperе mutationem, per societatem, quae est inter conjuges omnium bonorum, sive universalem, sive lucri damnive dumtaxat. Namque ubi maritus ipso jure fit dominus dimidiae partis omnium bonorum uxoris, et uxor ejus iterum fit consors omnis illius substantiae, ibi nullus est usus secernendae dotis ad aliis bonis. Quod si communio bonorum excludatur, ut apud nos Statuto, apud Batavos plerumque pacto nuptiali, salva tamen communione reditus, nec sic quidem dos usum habet notabilem. Quid enim plus illa praestat in eventu, quam usumfructum; siquidem finito matrimonio, redit ad mulierem ejusve haeredes, ut *infra* videbimus? Inter quos igitur ususfructus omnium rerum communicatur, his causa nulla est, dotem a reliquis bonis secernendi. Atque adeo inde factum est, ut dotes ubique fere gentium in desuetudinem concesserint, teste Gudelino *de jur. noviss. l.* 1. c. 8. *vers. Caeterum.* Grot. *Introduct. lib.* 2. *part.* 11. *n.* 12. Groeneweg. *ad l.* 1. *C. de jur. dot.* ubi excipit casum, *nisi pactis antenuptialibus ab illa communione omnino recessum atque ad jus Romanum reditum sit*; quod tamen raro accidit, ut communio redituum excludatur. Si contingat, ut mulier certa bona, vel pecuniam viro det ad sustinenda matrimonii onera, haec vera dos instituti fuerit Romani.

18. De jure Frisico scribit Sandius, rerum quidem dotalium fructus non solius mariti, sed ipsius et uxoris esse communes, inde tamen minime sequi, omnia dotium jura et privilegia in Frisia cessare: proinde mulieres hoc dotis nomine habere hypothecam in bonis mariti, jus praelationis inter creditores ejus, aliaque privilegia, nominatim Statuto non sublata. *lib.* 2. *tit.* 2. *def* 2. Quae sunt vere, si id actum sit, ut dos constituatur; dote specialiter non constituta, dotis jura quoque cessare, necesse dictu est. Ut autem dos constituatur, fieri posse non nego, fieri solere non puto, nec scio, an unquam factum viderim. Mulieres bona sua *inferunt* ad maritum, a quo prudentiores chirographum accipiunt, quo fateatur quid acceperit, quid uxor *intulerit*, idemque de mariti bonis uxor aliquando praestat et profitetur. Haec bona utriusque appellant *Inbreng*, hoc est *illata* bona. Sin autem juris est, bona, quae conjuges simpliciter fatentur se ex invicem INTULISSE, parapherna, non dotalia sunt, ut docet Ulpianus in *d. l.* 9. §. 3. *h. t.* idemque probat Sandius *d. def.* 2. *vers. At quaestionis est.* Et quidem haec ratio, quando mulieres sunt ὁλόκληροι, *besturven*, ita ut omni patrimonio suo potitae sint, nunquam fere non servatur. Cum enim maritus ipso jure administrationem et usumfruct. habeat omnium uxoris bonorum, cui bono, inquam, dotis sequestratio, quod ad mariti usum attineat? Major ejus usus esse queat, si pater uxoris, aut alius, mulierem dotaverit: tunc enim haec bona seorsim per se consistunt et speciem dotis facilius recipiunt. Tamen etsi plerumque, si non semper, ita fiunt hae donationes, ut ad mulieres dirigantur. Pater profitetur, se filiae suae, amicus se sponsae, respectu matrimonii *tantum* dare, *een medegiste aen de Bruidt.* Hactenus dos non est, quam esse pecuniam marito datam, *supra* intelleximus. Mulieres ejusmodi donationes sibi factas dein ad viros *inferre* solent, an ita παράφερνα, non nisi jure parapheronrum censeri possunt. Verum tamen est ac certum, posse mulierem aut patrem ejus, constituere dotem, viroque dare, tanquam dotem, ut hoc nominatim exprimatur: neque tum privilegia dotium in illis non valebunt; eaque re mulieres sibi recte consulerent, quae simplici illatione in domum mariti amittunt illud nobile exigendi ante alios creditores privilegium: qua re fit, ut innumerae matronae suis patrimoniis evolvantur, quae dotis contractu cum viris celebrato servare potuissent; atque etiam illo casu, etsi reditus, ut moris est, sunt communes, nihilominus res forent dotales, quemadmodum jure civili parapherna esse non desinunt, etsi reditus ususque rerum ad virum transferatur, *saepe dicta l.* 9. §. 3. *h. t.* Sand. *d. def.* 5. *a pr.* Hoc igitur teneant, qui filiabus privilegiis dotalibus consultum velint, ut maritis nomine filiae dent dotem, et reliqua servent, quae servanda esse diximus.

19. Sublatis ex usu populorum promiscue dotibus, donationes propter nuptias ex instituto juris Romani pariter desierunt: * quippe dos reciproca, ἀντίφερνα, quae unice in vicem et securitatem dotis a marito dabatur uxori, dote nulla, tanquam relatum correlato extincto, usum et facultatem amittit. Argumentumque dotium apud nos quoque *de facto* desuetarum praebet hoc, quod certissimum est donationis propter nuptias, quam vir faciat uxori, ut soluto matrimonio ad ipsum redeat, ejusdem cum dote quantitatis et qualitatis, nulla esse vestigia apud nos, aut in ullis, quod existimem, populis. Sed ut hodie res se habet, donationes propter nuptias

* Sollicite adeo distinguenda est donatio propter nuptias Romanae legis, in dotium securitatem inventa; et donatio propter nuptias morum nostrorum, *die so genannten Gegen-Vermächtnisse*, quae sunt dotes Germanicae, dotalitia, dotaria, *Douaire*, hypobola, de quibus ipse Auctor infra §. 21. Distinguas tamen a dotalitio, *Morganaticam Morgengabam*, donum matutinum, de quo vide Ill. Goudtingium *de Emptione Uxorum, Dote et Morgengaba c. III.*

sunt peculia, quae tam viro, quam uxori dautur a parentibus aut ab aliis, ad onera matrimonii communiter sustentanda, quae maneat proprietate singulorum, quibus data sunt, usufructu in rem communem cedente, administratione penes maritum collocata, iu cujus bonis uxor habot tacitam hypothecam, tam ex *l.* 20. *C. de Admin. Tut.* quam ex *l. f. C. de Pact. sup. dot.* Hujusmodi peculia respectu mulieris pro paraphernis habentur, *d. l.* 9. §. 3. *h. t.* quamquam ubi dotes φέρναι actu non existunt, nulla quoque παράφερνα intelligi possunt: adeo ut tunc uterque conjux idem jus in suis peculiis habeat; nisi quod mulier ratione administrationis a viro exercitae, praecipuo jure hypothecae gaudeat, ut diximus. Hoc observare licet: mulierem ante impletum matrimonium paeisci posse ut omnia, vel quaedam bona sibi retineat, neque maritali committat administrationi; cujusmodi pactum esse licitum, videbimus ad *tit. de Tutel.* et judicari potest ex iis, quae de societate conjugali, pacto cessante, diximus ad *tit. de Soc. n* 12. *P. II. p.* 480. *sq.* Talia matronarum bona vetustatis imitamento, receptitia recte appellabuntur.

20. (l) Quod attinet ad donationes ante nuptias, sive sponsalitias largitates, hac parum, ut in jure sunt proditae, supraque de illis egimus, ab usu temporum abludere videtur: nisi quod osculi distinctio, quae est in *l.* 16. *C. de Donat. ant. Nupt.* nostris moribus haud attenderetur; quoniam usus eorum nostratibus adeo tralatitius est, secus ac Italis, ut nullum inde notabile discrimen deduci queat, ut recte Groenewegius fuse ad *d. l.* 16. Igitur quod nuptiarum causa sponsus donavit sponsae, hac ante nuptias mortua, repeti potest. *l.* 15. *d. C. d. tit.* Idem juris est; mortuo sponso, tam in *jocalibus* ita dictis, quam in praediis aliisve rebus majoris momenti. *d. l.* 15. Impleto autem matrimonio, tam arrha sponsalitia, quam donatio ante nuptias pleno jure fit maneatque mulieris aut mariti, a quo accepta sit donatio. Sand. *d. lib.* 2. *tit.* 2. *def. ult.* Groenevveg. ad *l.* 16. *n.* 9. Impletum autem matrimonium hac parte censetur, ubi publice promulgatum et celebratum fuerit; etsi forte concubitus necdum secutus sit, modo non procaciter negatus fuerit. *arg. l.* 24. *C. de Nupt.* Groenevveg. *ibidem, et quos ille citat.*

21. Est in usu temporum aliud genus donationis propter nuptias, qua vir uxori in casum viduitatis, bona quaedam usufructu tenus, aut reditus certos adsignat et constituit, unde se post mortem mariti tueatur, quod vulgo solet appellari *Morganatica*, voce deducta a *Morgengabica*, Germanicae originis, quasi *Morgengabe*; quia mane ab impletis concubitu nuptiis fieri solebat, ut Calvinus in *Lexico* D. Wissanbach. *ad h. t. in pr.* auctoresque ab eo laudati. Est idem quod vulgo dotalitium, Gallico *Douaire.* Unde vidua talis, dotalitia, *Douairiere*; plerumque hodie fit ante matrimonium, et usum habet inter magnates homines que valde copiosos, uxoribus haud aeque dotatis. Donationes matutinae, *Morgengaben*, hodie magis in jocalibus, ait Groenevveg. *ad d. l* 16. *n.* 16. consistunt, etsi melius et haec ante nuptias dentur. In summa aliqua pecuniae, praesentibus nummis aut per chirographum, ejusmodi morgengabas primo mane post impletas nuptias committi, meminimus, easque substinentur, contra sententiam juris Romani, qua donatio post deductionem iu demum facta, non valet. *l.* 6. *C. de Donat. ant. Nup.* Groenevveg. *ibid.* Est adhuc tertium genus *Morgengabae*, quod *Hypobolum* Graeci vocant, quando maritus uxori post mortem suam addicit aliquam pecuniae summam, vel bona quaedam, ipsi in casu viduitatis danda supra dotem, quasi accessio dotis: unde ὑπόβολον, παρὰ τὸ ὑποβάλλειν. ab *adjiciendo*, quasi fructuum ex dote percaptorum causa. Vide Cujacium 5. *obs.* 4. Quibusdam in locis ex Statuto ejusmodi hypobola debentur. Apud nos omne hoc institutum satis est incognitum; nisi quod uterque conjux superstiti aliquid de suis bonis adsignare solent donativi, quod hypoboli instar haberi potest.

TIT. IV.

DE PACTIS DOTALIBUS.

I Pacta dotalia quae licita, aut secus. II. Praecipua pactorum dotalium materia remissive. III. Pacta nuptialia quaenam, et eorum materia. IV. Quae bonis moribus adversentur V. Quae naturae negotii; ubi de pactis successoriis. VI. Forma hujusmodi pactionum. VII. Effectus eorumdem.

(a) Sicut pacta dant legem contractibus, *l.* 23. *de R. J.* Ita dotium jura pactis regebantur. Expedit autem distinguere pacta dotalia, quae proprie sunt hujus rubricae, et pacta nuptialia. Nam priora, dotibus fere sublatis, exiguum habent usum: posterioribus nihil est frequentius.

(l) *Pos.* 5. *et* 6. (a) *Pos.* 1. *et* 2.

Nos rubricae prius satisfaciemus, initio a regula facto, quod *pacta super dote valeant, quae non prohibentur.* Et primo quidem prohibentur, quae mulierem faciunt minus dotatam, ex ratione *l.* 2. *de jur. Dot. l.* 1. *D. Sol. matrim.* Cujusmodi pactum est, ut minus exigatur a muliere, quam maritus accepit, *l.* 5. *in pr. h.* ne maritus de culpa circa res dotales commissa teneatur, *l.* 6. ne morte mariti soluto matrimonio dos ad uxorem redeat, *l.* 2. ut repetitio dotis in diem ulteriorem differatur. *l.* 16. Cum qua non pugnat *Lex.* 10. quae nec eget emendationis. Tu vide Wissenbach. *ad h. t. th.* 21. Ut maritus uxori fructus, ex fundo in dotem dato perceptos, loco fundi restituat. *l.* 4. Quod si convenerit, ut maritus et fundum et fructus reddat, non valet pactum, quia naturae dotis est contrarium, ut dos sit sterilis, quae ad onera matrimonii sublevanda datur. *d. l.* 4. Eadem ratione non valet pactum; ne maritus impensas necessarias repetat. *l.* 5. §. *ult. h.* Denique, ne pacta dotem melioris aut deterioris conditionis, quam est donatio propter nuptias, faciant, cautum est jure novissimo. *l.* 19. *et Auth. sed jam. C. de Don. ant. Nupt. Auth. Æqualitas. C. de Pact. sup. dot.*

2. Praecipua vero pactorum dotalium materia, circa restitutionem dotis, soluto matrimonio, consistit, de qua passim in *hoc titulo* agitur. Sed antequam haec res perspicue explicetur, scitum oportet, quid juris, sine pacto, sit in repetitione dotis, et dein, qualis per pactum mutatio introduci queat. Prior autem articulus expectat nos apud titulum: *soluto matrimonio, dos quemadmodum petatur.* Ibi commodissime et hoc, quando vi pacti dos petatur, considerabimus. Hic interim solum ponemus, eum, qui dat dotem pro muliere, quaelibet pacta recte adjicere, modo id faciat in continenti, sive extraneus, *l.* 1. §. 1. sive pater sit. *l.* 7. Ex intervallo autem, quia dos et jus repetendi quaesitum est mulieri, non aliter huic, quam si consentiat, praejudicarii potest, ut latius in *d. l.* 7. Datur autem ex pactis dotalibus, sive doti adjectis, tam actio, quam exceptio. *l.* 1. *C. de Dot. promiss.* juncta *l.* 7. *de Pact.* Actio, si pactum in continenti sit adjectum, quam praescriptis verbis vocat Maximinus in *l.* 6. *C. de jur. Dot.* ubi vide Wissenbachium et Cujacium 11. *obs.* 17. *in f. et* 14. *Obs.* 21.

3. Pacta nuptialia, non ad dotem proprie, sed ad executionem et ornamenta matrimonii, praeter dotem, pertinent, *Houwelyks Voorwaerden*, ut vulgo. De officiis quidem conjugalibus parcius, dum illa conscientiae juris communis relinquuntur; potest tamen de habitatione, de cultu et famulitio, *ut vehatur, quoquo eundum sit*, l. 26. §. 3. carruca, (*pensili* addit Mornacius, *quod fere nunquam hodie praetermittitur in tabulis puellarum nobilium dotalibus, maxime apud Lutetiam*, inquit) item de moderatione educatione liberorum, similibusque conveniri, quale quod *supra* habuimus, ne vir uxori certum dedecus objiceret, et id genus alia. Sed maxime de donationibus ante nuptias, de impensis mulieris extraordinariis, de bonis paraphernis, aut peculio a singulis in domum communem illato, inferendo, de ipsa communione rescindenda, vel augenda, de administratione bonorum viro permittenda, vel subtrahenda, de mutuis donationibus in casum viduitatis, aut hypobolo vel *morgengabica*, denique de successione mutua, vel alterutrius, aliisque similibus.

4. Est autem de his regula tralatitia; sunt licita, quae non prohibentur. Et prohibentur, quae bonis moribus, aut naturae negotii contraria sunt. Hinc improbatur pactum, ne de moribus agatur, *l.* 5. *in pr. h.* apud censores scilicet. Quod etsi pro vetere disciplina non sit amplius in usu, *tit. C. de Repud. et judicio de Morib. sublato*, nunquam tamen actio de moribus, vel imploratio judicis officii, est abolita, vel abrogari potest, ut non sit meritus ideo Tribonianus exagitari a D. Wissenbachio *ad h. tit. th.* 1. Idemque Statutis gentium frequenter cautum est. Nostra eximie: *Judices supremi et inferiores* per praeventionem, *omnem inter conjuges acerbitatem et malitiosum convictum, causa cognita serio animadvertant, partemque noxiam ad aequitatem reducant, carcere, mulcta, aliisve modis convenientibus. Lib.* 1. *tit.* 1. *n.* 14. Pactum igitur, ne liceat hac gratis judicis officium implorare, non valebit: uti nec illud; alterum alterius religionem improbatam secuturum. Si autem haereticus aut heterodoxus promiserit, se maritum ad sacra publica secuturum, valet pactum; non ut cogatur, si postea nolit, vel ut matrimonium pridem consummatum rescindatur, sed ut conditiones licitae, in eum casum constitutae, obtineant. Quippe in universum pacta matrimonii resolutiva, vel etiam, ne liceat ad ejus implementum agere, non valere dictum est antea, videbimusque iterum *ad tit. de Divort. et repud.* Pactum de potestate maritali minuenda num valeat, saepius usu venit quaeri: ad Bona quod attinet, valere dicendum est, velut *ne vir sit curator uxoris*; quod jure civili nec est, nec esse potest: ideoque moribus, quominus caveatur ne sit, nihil obstat. Parci tamen dictis velim; sufficit uxor caveat, ut penes se solam sit administratio: nec opus adjiciatur, ut *maritalis auctoritas cesset*, quo modo in Hollandia notarios vidi adjicientes, adjectumque habuit suis pactis nuptialibus vir Cl. A. de G. qui ab Amstela uxorem hucce duxerat. Verberat hoc aures hominum merito. Reliquas

etiam facultates maritalis potestatis restringere licet; salvo tamen principatu domus, cui renunciare non est boni moris; etsi Ægyptiis tempore Sesostris frequentatum accepimus. Jus gentium, et pactis majus est, illud:

Θεμιστεύει δὲ ἕκαστος
Παίδων ἠδ' ἀλόχων.
Vir quisque gubernat
Uxorem prolemque suam.

5. (b) Naturae negotii repugnat pactum futurae successionis, quia testamento vel lege, non pactis, nominatim pactis dotalibus, haereditas defertur. *l.* 15. *C. de Pact. conv. sup. dot.* Ideoque non modo libera testandi facultas ejusmodi pacto non amittitur, sed nec valet contra jus ordinarium successionis, etsi nihil contraria voluntate suprema sit constitutum, *d. l.* 5. ubi: *Intelligis, nulla te actione posse convenire haeredes seu successores, ut tibi restituantur, quae nullo jure debentur*; etsi hactenus dissentiant Wesenbec. *ad d. l.* 15. Hartm. Pistor. *l.* 4. *Qu. n.* 8. Heig. *part.* 1. *Qu.* 23. *n.* 15. *et sequ.* Sed hoc jus nescio an usquam, praeterquam in Frisia, servetur. Omnes omnium gentium scriptores, pacta dotalia de successione futura, esse recepta testantur, quos vide apud Sandium *lib.* 2. *tit.* 2. *def.* 7. Groeneweg. *ad d. l.* 5. Wissenbachium *ad h. t. th.* 23. habentque auctoritatem Leonis in *Nov.* 19. Quae cum non deroget Justiniano, Frisii hac etiam parte Justiniani auctoritatem sequuntur, et omnia pacta futurae successionis, aequalis aut inaequalis, etiam inter conjuges, repudiant, ut judicatum refert Sandius *d. def.* 7. *in fin.* et certi juris habetur. Conventiones, autem donationesque particulares, pactis nuptialibus factae, valent absolute, ut scripsimus in *posit. ult. h. t.* D. Thomasius in illa verba crisin exercuit, et pro *donationesque*, vult a me scriptum esse *pactionesque*. Sed tum esset tautologia, et respexi ad liberalitates, quae inter vivos exercentur, oppositas ultimarum voluntatum beneficiis. Has omnino licitas esse, ex iis, quae de donationibus ante nuptias et hypobolis dicta sunt, intelligi potest. An omnium bonorum donatio valeat, commodius ad *tit. de Donation.* refertur.

6. (c) Forma pactorum dotalium, nulla solemnis, est, * et fiunt solo consensu, voce vel scripto expresso. *d. tit. C. de Pactis conventis.* Sed pro rei magnitudine plerumque instrumenta tabulaeque conficiuntur; unde quod per Nuptias fit, *confectis dotalibus instrumentis* fieri dicitur, §. *ult. I. de Nupt.* qua de re diximus *ad tit. Inst. de Nupt.* §. *ult.* Bene autem animadvertendum est, verbis ultimarum voluntatum, an conventionis et pacti instrumenta concipiantur, cujus rei discrimen mox collocabimus; difficulter autem id aliquando discerni, patet ex his, quae Sandius hac de re tradit in *l.* 2. *tit.* 2. *def.* 4. *et l.* 5. *t. def.* 3. Videbimus ad *tit. de Donat. et sequ.* Recte etiam consulent, qui vera pacta inire volunt, tres, non quinque testes, ut vulgo faciunt, adhibeant; quia numerus quinarius ultimis voluntatibus convenit; etsi tamen non faciat tales, si verba sint propria pactorum.

7. (d) Effectus pactorum nuptialium, est idem quem diximus esse dotalium, actio scilicet, vel exceptio, Moribus hodiernis indistincte, sive in continenti, seu postea sint adjecta, per ea, quae diximus *ad tit. de Pactis n.* 11. Sic tamen, ut nunquam ob eorum neglectum nuptiae retractentur, ut *antea* dictum. Sed de eo quod pecuniarie interest, ordinaria actione utendum. *l.* 26. §. 3. *et pass. h. t.* Cujusmodi ad litem, an uxori curatore opus sit, ad *tit. de Judic. Part. II. pag.* 221. *n.* 14. disputatum. In his, quae ad officia conjugalia spectant, officium judicis implorandum, quo is auctoritatem suam interponat, ut et fides pactis servetur, remediisque in eam rem praetoriis utatur, qualia modo ex Statutis *Fris. l.* 1. *t.* 1. *n.* 14. demonstravimus. Quominus dotalia et nuptialia pacta, consensu partium retractentur, ut in universum juris est, *l.* 5. *C. de O. et A.* nihil impedimento est; nisi quod alter in alterius gratiam, juri lucrativo per pactum quaesito renunciare non potest, quia incideret in donationem conjugibus inter se prohibitam, ut *inferius* docebitur, quale etiam esse pactum de mutua conjugum successione, tradit Groenew. *ad l.* 5. *C. de Pact. conv. n.* 4. quod tu limita, si alter inde prae altero notabiliter auctus et honoratus sit; secus si nihil aut parum intersit. Possunt etiam revocari ab altero donationes instrumento antenuptiali, per modum ultimae voluntatis, aut donationis mortis causa relictae, secundum naturam ultimarum voluntatum. *l.* 4. *de Adim. Legat.* Postremo ad effectum pertinet, quod Sandius prolixe refert judicatum, nuptiale pactum prioris matrimonii non censeri repetitum in secundis nuptiis, cum alio aliave initis. *lib.*

(b) *Pos.* 4. (c) *Pos.* 5. (d) *Pos.* 3.

* Secundum *P.* 2. *C. El.* 43. pacta dotalia fiunt vel per modum ultimae voluntatis, vel per modum contractus. Illa, ut aliae voluntates ultimae, nisi in praesentia utriusque conjugis judicialiter fuerint insinuatae. *d. C.* §. *f.* quinque testium praesentiam minimum requirunt. verb. *und es waren funf oder mehr Zeugen dabey re.* vid. Carpz. *ad cons. def.* 4. *seqq.* In his vero d. Constitutio duos vel 3. testes desiderat, nec sine curatoris consensu, uxores ea tuto inire posse videntur. j. Richt. *dec.* 16. *n.* 18. Carpzov. *dec.* 143.

2. *tit.* 2. *def.* 3. Tu dices, quid dubii, cum haec sit notissima pactorum natura? *l.* 25. §. 1. *l.* 42. *de Pact. l.* 25. *l.* 26. *C. eod. l.* 2. *C. int. al. act. l.* 26. §. 1. *h. t. l.* 68. *de Jur. dot.* At quid non dubium facit disputandi varietas? Sunt textus, qui dotem in priore matrimonio constitutam, cum suis qualitatibus, in contractu secundi matrimonii repetitam censent. *l.* 30. *l.* 40. *et l.* 63. *de Jur. Dot. l. pen.* §. 5. *Sel. matrim.* Scilicet, textus vel iidem ipsi vel sequentes, hoc de iisdem conjugibus, post breve divortium in unum reversis loquuntur. Quod autem Gailius tradit, mulierem ad secundas nuptias eandem in dubio attulisse dotem, quam priori marito dedit, habet aliam rationem et facile concedendam, quatenus ad praesumptionem quantitatis in dubio colligendam spectat. 2. *obs.* 82. *n.* 7.

TIT. V.

DE FUNDO DOTALI.

I. Sententia tituli remissive, cum additam. II. De dominio fundi, et ad L. 30. de Jur. Dot.

(a) **P**rohibitio de non alienando fundo dotali, lege Julia facta, rubricam, peculiarem peperit, cujus sententiam executi sumus ad *tit. Inst. Quib. alien. lic. vel non. n.* 6. Quibus heic addemus, etsi maritus fundum Dotalem communem cum alio possidens, socium ad divisionem provocare nequeat, eo tamen provocante divisionemque petente, cum sit causa necessitatis, ad eam procedere posse. *l.* 2. *C. h. t.* Quemadmodum et omnis haec prohibitio de voluntaria alienatione, non de necessaria intelligenda est; quominus enim aere alieno uxoris cogente, aut alimentorum causa fundus dotalis alienetur, nihil obstare potest. Perez. *ad h. t. C.* Ad res mobiles quoque legem Juliam non pertinere, certum est *l.* 4. *h. et l.* 2. *C. h. t.* easque mulier a viro alienatas vindicare prohibetur. *l.* 9. *C. de R. V.* Extra dotales, potest mulier, etiam sine viri consensu, res suas alienare et obligare, *l.* 8. *C. de Pact. Convent. et l.* 12. *C. de pignor.* quod moribus aliter est, cum vir plerumque si curator uxoris. Perez. *h. t. C. n.* 8. Sand. 2. *tit.* 4. *def.* 3.

2. (b) Ex alienatione fundi dotalis prohibita sequi, maritum, durante matrimonio, esse dominum fundi dotalis, probatum est ad *d. tit. Inst. n.* 7. Objectiones autem, quibus contrarium ab aliis sustinetur, removimus iisque satisfecimus in *lib.* 4. *Digress. c.* 9. *n.* 4. Conseo et addas, quae D. Wissenbach. commentatus est, quae huc referre nihil necesse est, ad *l.* 30. *C. de jur. Dot.* Summa huc redit. Dominium, quod maritus habet in fundo dotali, eum soluto matrimonio restituatur mulieri, est revocabile, unde fit, ut dolum et culpam praestet, quam alioqui nemo in re propria luit, *l.* 17. *de Jur. dot.* eoque sensu dominium uxoris aliquando, non ipsius dicitur *l.* 3. §. 5. *in fin. de Min.* Confer. *l.* 22. *de Adq. poss.* In *l.* 30. *C. de Jur. dot.* idem est, sed ibi Caesar exorbitat adeo, ut mulierem rei quoque aestimatae in dotem datae dominam esse dicat, quod nullo modo verum esse potest. *l.* 10. *C. de Jur. dot.* Loquitur igitur plane καταχρηστικῶς.

SCHOLIUM.

Potest equidem aliquo modo defendi, uxorem esse dominam dotis aestimato datae, si nimirum aestimatio taxationis causa facta fuerit. Aliud si venditionis. An vero haec distinctio convoniat cum mente Imperatoris in d. l. 30. *alia quaestio est.*

RESPONSIO.

At haec est quaestio hujus loci; e textu satis liquet, Justiniano propositum esse, dominii appellationem in distincte mulieri adscribere, quomodocunque res datae fuerint, mobiles, immobiles, se moventes, aestimatae inaestimatae. Quoties autem res simpliciter aestimatae dicuntur, non taxationis, sed quasi venditionis subesse causam, satis arguit l. 5. et l. 10. C. eod.

N. AUDIT.

Etsi haec quaestio sit hujus loci, non tamen obligatus eram, de omnibus quaestionibus mentem meam aperire. Erat et illa hujus loci, an Auctor, dum Justinianum taxat, recte dixerit, nullo modo verum esse posse, quod mulier rei quoque aestimato datae domina dicatur, quam recte negavi in Scholio, et Auctor nihil habuit quod respondeat. Si de mente Justiniani sententia mea dicenda est clarius, vel ipse modus loquendi in Scholio indicat, quod jam tum putaverim, eum distinctionem parum prodesse menti Justinianeae. Et nunc quod taxationem Justiniani attinet, ulterius quam

(a) *Pos.* 1. 2. 3. *et* 4. (b) *Pos.* 5.

Auctor progredior. Etiam Justinianus non solum in eo falsus est, quod mulierem dicat dominam dotis aestimatae, sed et in genere, quod mulierem constante matrimonio putet mansisse vere dominam dotis, etiam inaestimate datae, et quod maritus solum subtilitate juris dominium in re dotali habuerit, naturaliter autem ea in mulieris dominio manserit. Sed bene se res habet. Competebat uxori saltem actio personalis, vel hypothecaria, quarum utraque indicio est, non peti dotem tanquam rem propriam ex jure dominii. At Justinianus volebat eam praeferre hypothecariis anterioribus. Non melius remedium, quam si Justinianus daret ei rei vindicationem. Sed quomodo daret, si maritus fuit dominus dotis? Rumpit hoc dubium Justinianus, ut Alexander nodum Gordium, cum solvere non possit. Negat inquam, maritum esse dominum. Et cum tot leges et actiones obstarent, facile fuit ei, qui consilium dedit ad antinomias quasvis conciliandas, subtili ratione distinctionem quandam excogitare, ut hoc consilio ipse uteretur, tradita a JCtis ex regulis naturae et artis subtilitati cerebrinae adscribendo, suam vero inventionem, non improbabiliter subtilitati persuasionis Dominae suae originem debentem, palliando aequitatis et rectae rationis pallio. Ita videlicet decebat Imperatoriam majestatem, non solum armis decoratam, sed et legibus armatam, ut in condenda arte sua armis, et gladio voluntatis suae, leges interimeret, i. e. ratione, quae est anima legis, privaret, et sic divinitatem suam ostentaret. Unde habent quod imitentur ejus admiratores et adoratores, ut et strenue hactenus fecerunt, et in posterum absque nostra admonitione facient.

Moribus hodiernis, sublato fere dotium instituto, fundi dotalis prohibitam alienationem non tam cessare, quam usu carere, per se intelligitur.

LIB. XXIV. TIT. I.

DE DONATIONIBUS INTER VIRUM ET UXOREM.

I. Ratio prohibitae Donationis inter virum et Uxorem. II. Prohibitiones per consequentiam personarum, aut rerum. III. De donatione marito facienda, in uxorem derivata. IV. Licitas esse donationes, quae donantem non faciunt pauperiorem, cujusmodi variae species explicantur, uni de re aliena, de fructibus, de reciprocis donationibus etc. V. De confirmatione Donationis per silentium Donatoris usque ad mortem. VI. De usu moris hodierni.

(a) Inter inexpectata juris civilis, haberi potest donationis inter virum et uxorem prohibitio. Quibus enim major quam conjugibus, affectionis et liberalitatis causa, cum necessitudine conjugali nulla sit arctior, nec esse queat? Sed magistra fidelis experientia *l.* 1. *h.* docuit Romanos, quod ratio primo intuitu obscurius dictat, adeo tamen non sine ratione, ut in mores usque hodiernos prohibitio duret, in iis quidem locis in quibus universalis bonorum communio terminos habiles non sustulit, ut monet Groenewegius ad *pr. h. t. D. et C.* Namque ubi quaestus et damni societas est tantum, ut apud nos, ibi plerseque donationes suum, si prohibitae non essent, usum retinerent. Rationes adducuntur tres in *l.* 1. 2. *et* 3. *h. t.* Prima, *ne mutuato amore spoliarentur*; quia fere sic accidit, ut alter alteri conjugum sit obnoxius, evitari non posset, quia saepe fieret, ut mollior, *ὁ ἥττων* exhauriretur. Secunda ratio, ne abducantur a studio liberos educandi. Hos enim si habeant, cui bono donationes mutuae? Cum parentum haec sit cura, *τοῖς τέκνοις θησαυρίζειν*, *liberis colligere et custodire pecunias*. Tertia ratio, quia saepe fieret, ut *discuterentur matrimonia*, si non donaret is qui posset, ac ita simultates pullularent. Sponsalitiis largitionibus, dotibus et propter nuptias donationibus, satis amori, satis *ἐπιμελείαις*, illiciis matrimonii consultum. Durante conjugio donationis licentia nihil boni, mera incommoda producebat.

2. (b) Stabilitae prohibitioni consequens fuit, ut non modo directe vetarentur donationes inter virum et uxorem, sed et inter omnes per quos donatio inter conjuges indirecte perpetrata videri posset; consequentiae autem illae inprimis ab unione patriae potestatis oriuntur. Hinc mater non potest donare filio qui est in patris sui potestate, quia per eum patri, suo marito, donaret, *l.* 3. §. 4. *h.* ubi excipitur, nisi militi et in castra eunti donetur, adde *l.* 17. *C. de Donat.* Sed cum hodie pater donata filio non adquirat, nisi fructu tenus, an si mater filio hac lege donet, ne pater usumfructum habeat, donatio tum non valet, quia pater idemque maritus donatis, inde nihil adquirit? Ita videtur *arg. l.* 1. *et l. C de Bon. quae lib.* Socer etiam non potest donare genero vel nurui, hoc est, pater conjugis, qui hunc vel hanc in potestate habet, quia per patrem conjux donare videretur, *l.* 3. §. 5. nurui autem a socru donari non est prohibitum, quia non vertitur patria potestas. *d. l.* 3. §. 7. Nec frater conjugis, qui in ejusdem patris cum illo illave potestate est. *d. l.* 3. §. 2. Adde, quod ut socrus nurui donet, raro contingat, quatenus, si Terentio fides; *Omnes socrus oderunt nurus*: secus ac soceri generos. *Quam sanctum soceri nomen!* Claudian. *bell. Get.* et Theocr.

Χαίροι εὐπενθέρῳ γαμβρὸς,
Quippe boni soceri gaudet amore gener.

Exemplum donationis ex intimo affectu Pyndarus a socero ad generum petit:

Φιάλαν ὡς εἴτις ἀφνειᾶς ἀπὸ χειρὸς ἑλὼν
Ἔνδον ἀμπέλου καχλάζοισαν δρόσῳ, δωρήσεται
Νεανίᾳ γαμβρῷ προπίνων
Οἴκοθεν, οἴκαδε.
Tanquam si phialam munifica manu
Spumantem latices purpureos meri
Propinans genero suscipiat socer,
Et donet placiti conjugii novis
Aptum pignus amoribus.

Ubi addit Scholiastes: *Ἕνεκα τῆς ὁμοφροσύνης, ἣν ἔχει ὁ νεανίας πρὸς τὴν τοῦ δωρησαμένου θυγατέρα. Propter concordem benevolentiam, qua juvenis filiam donatoris prosequitur.* Bene est, quod factum ita donandi non prohibetur, sed jus tantum revocandi datur legibus, ut *infra*. Quin nec consocer consocero recte donat, si ambo conjuges sint in potestate donantis et donatarii. *l.* 32. §. *oratio.* 16. Sed hos casus, moribus hodiernis non attendi, facile

(a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 2. *et* 3.

constat ex eo quod conjuges hodie nunquam sunt in patria potestate, quae nuptiis solvitur, ut *alias* dictum et ootum est. Sunt etiam consequentiae prohibitionis ex natura negotii, quoties sub alio titulo id agitur, ut conjux alter ex alterius boois sugeatur: cujusmodi noo tsotum est acceptilatio et delegatio, qua conjux debitori suo jubet ut coojugi solvat, *d. l.* 3. §. 10. *et* 12. sed etiam emptio venditio, si res minoris vendatur, ut reliquum gratis habeatur. *l.* 5. §. 5. *et l.* 7. §. 6. Imo quoties id aotum est a conjuge, ut alter, etsi ad tempus, aliquid commodi perciperet, irritum est quod geritur. *l.* 49. Ergo nec si vilius locetur fundus, valebit locatio. *l.* 52. Quid autem? Si virum gratis in aedibus suis habitare permiserit, valet donatio, *l.* 18. si mlooris locaverit, non valebit? Haec non cohaereot, nisi gratuitam habitationem ad breve tempus iotelligas et necessitatis causa; sicut usus servorum et vestimentorum *ibidem* sine dubio accipiendus est. Denique liberalitatis causa inita societas non valet, *l.* 32. §. 24. cujusmodi casum et exemplum habuimus *ad tit. pro Socio n.* 12. *vers. constante matrim.*

3. Idem est, si maritus donaturum sibi rogaverit, ut uxori dooaret, tam mortis causa quam inter vivos. *l.* 3. §. *ult. et l.* 4. Non est idem, si maritus legaturum sibi rogaverit ut uxori potius legaret. *l.* 31. §. *Quod legaturus.* 7. *h. t.* Quae ratio differentiae, maxime ioter legatum et donationem mortis causa? Pomponius ait, *quia nihil ex bonis* mariti *diminuitur. d.* §. 7. Sic ut Ulpianus: *quia pauperior non fit, qui non adquirit, sed de patrimonio deposuit*, hoc est submovit, ut ei non accederet. Atqui id ipsum usu venit in donatione nondum facta, et in uxorem derivata. Sed ibi locum habet fictio *brevis manus*, qua perinde habetur atque si maritus *accepisset* et rem suam factam *uxori dedisset. d. l.* 5. §. *ult.* Quae ratio facit, ut in donatione mortis causa, traditione non secuta, idem juris oporteat esse, quod est in legato. Apud eos populos, quibus aequitas validior est quam jus civile, forte plus valeat prior ratio aat solida; maritum in casu donationis nondum factae, nihilo magis pauperiorem fieri, quam in specie legati, inspecta fictione brevis manus, neo ideo invidendum uxori, quod mariti benevolentia, non ex ejus patrimonio, ad illam pervenerit.

4. (c) Quin illa ratio, donationes ideo esse prohibitas, ne donans fiat pauperior, sententiam hujus instituti plenius detegit. Ergo si transitorium et brevem usum servorum, ornamentorum, vestium, domus concesserit, valebit donatio. *l.* 18. Hinc etiam munera, quae sunt modicae praestationes esculentorum, poculentorum, vel strenae natalitiae, aut novi anni, ioter conjuges non prohibentur, *l.* 1. §. 1. *ad L. Jul. Repet.* modo non immodica in genere suo. *l.* 31. §. 8. *h.* Imo talia in infinitum capere licet. *l.* 7. §. 1. *d. tit. ad L. Jul. Repetund.* Quomodo haec cohaerent? In *infinitum*, hoc est, non certo numero praescriptum, ut *in* §. 4. *I. de Hered. inst.* instituere licet unum vel plures usque *in infinitum*; singula tamen ut sint modica munera. Sic etiam donare licet conjugi, ut *honestius se tueatur*, *d. l.* 31. §. 8. *h.* quo pertinet *lex.* 21. *C. h. t.* ubi, quae dignitatis causa dantur, accipientem facere negantur locupletiorem. Quippe dignitatis non modo tuendae, sed etiam adipiscendae causa ab uxore donari potest, *l.* 40. *et seqq. h. t.* quod cave pro moribus hujus seculi accipias, quibus dignitates pretio adquiruntur: spectat ad censum equestris aut senatoriae dignitatis, qui Romae requirebatur; supplendum: cujusmodi donationes credibile est saepe dicis gratia esse factas, sub tacita fide restituendi, dumtaxat ut legi satisfieret, quemadmodum hodieque fieri solemus in locis, quibus ad senatoriam vel decurionalem dignitatem adipiscendam census est praescriptus. Ad eundem locum pertinent reliquae donationes, quae miserationis aut necessitatis habent causam, veluti ad sepulturam, *l.* 5. §. 8. aedificandi domum exustam, *l.* 14. dotandi communem filiam, *l.* 34. exilii tolerandi gratia. *l.* 43. At suave est, quod in l. 25. habetur, donationem rei alienae conjugi a conjuge factam, valere, quia donans rem alienam dando non fit pauperior; de suo non potest esse liberalis, ex alieno fas est? Verum sit hoc ex iis quae videntur, non sunt absurda. Donatio rei alienae inter conjuges facta valet ita, quemadmodum ioter extraneos, sine praejudicio domini, cum hoc effectu dumtaxat, ut usucapiendi facultatem bonae fidei conjux habeat. *d. l.* 25. Cujac. 18. *obs.* 15. Hotoman. 12. *obs.* 7. Sed de fructibus rerum donatarum quid videtur? Quorum, sicut usurarum valere donationem, etsi donatarius conjux sit locupletior, scribit Ulpianus in *l.* 17. imo quatenus locupletior est uxor donataria, finito matrimonio fructus sunt restituendi. *l.* 8. *C. h. t.* Concilia ex *l.* 9. §. 1. *de Donat.* Si fundus sit donatus, fructuum perceptio non habet rationem donationis. Si vero ipsi fructus sint donati, haec est donatio, ac inter conjuges facta, pro illicita habetur et repetitioni subjecta est. Adde Pac. 8. *Antinom.* 21. Ex eadem ratione dicendum, mutuas donationes, quibus alter alterum conjux aequabiliter honorat, sine notabili differentia, non esse prohibitas, quia donantes per illas non

(c) *Pos.* 5.

fiunt pauperiores. *l.* 7. §. 2. *h. et l.* 32. §. 14. *h.* Ita Peckius *de Testament. Conjug.* 8. *n.* 2. Mynsing. 2. *obs.* 33. *n.* 6. Gail. 2. *obs. n.* 7. Fachin. 3. *controv.* 8. Moroac. *in l.* 1. *h. t.* Diss. Cujac. *in par. C. h. t.* Giph. *in l.* 14. *C. h. t.* Wissenbach. *hic*, *n.* 8.

5. (d) Probibitionis effectus est, quod donatio sit ipso jure nulla, *l.* 3. §. *sciendum* 10. *h. t.* scilicet inter vivos. Nam mortis causa donatio, non minus licita est inter conjuges quam legata sunt, quoniam exitus ejus confertur in id tempus, quo conjuges amplius non sunt. *l.* 9. §. 2. *et l. seqq. h. t. et l.* 40. *de Donat. m. c.* Quae ratio est, quod socer genero vel nurui mortis *suae* causa frustra donare dicitur in *l.* 53. *h. t.* quia moriente socero, matrimonium inter ejus filiam et donatarium non erit dissolutum. Inde vero, quod mortis causa viro et uxori donare licet, fluxit hoc jus; quod silentio ad mortem usque firmetur et convalescat* donatio ipsa inter vivos, quasi per modum ultimae voluntatis, *l.* 32. §. 1. 2. 14. *et* 23. *l.* 24. *in fin. et l.* 25. *C. eod.* idque ex oratione Severi et Antonini, quae donationes rerum, id est traditione perfectas solummodo pertinuit, ad eas, quae promissione perficiuntur, non spectabat, ut Ulpianus secundum Papinianum orationem Severi interpretatur. *l.* 23. *h. t.* Wissenbachius noster alios secutus; quos laudat plures, ex eodem Ulpiano probat, confirmationem illam aeque ad donationes stipulatione constitutas, quam traditione perpetratas spectavisse. I. Profert. *d. l.* 32. §. 1. ubi dicitur, illa confirmatio *ad omnes* donationes inter virum et uxorem pertinere. Ad *omnes*? Ego et ad eas quae stipulatione constant. Non sequitur vocabulum *omnes* hoic ad quoslibet actus liberalitatis, etsi proprie donationes non sint, referendum. II. Profert §. *sive autem*, 23. *ejusd. L.* ubi: *universae donationes.* Est eadem responsio, quae firmatur ex ipso textu; nam remissio obligationis et acceptilatio, quae ex donandi animo, etsi donatio non appellatur, morte tamen firmatur; quia non sola promissione, sed reali praestatione ejus quod promissum, impleta fuit liberalitas. Sed gravius obstat *L.* 33. *princ. h. t.* quae est ejusdem Ulpiani: *Si stipulata fuerit mulier annuum, id ex stipulatu petere, constante matrimonio, non potest: sed si manente matrimonio decessisse maritus proponatur, puto, quia in annuo quoquo donatio vertitur, posse dici, stipulatione confirmari ex Scto.* Difficile dictu est eundem Ulpianum in re tralatitia sibi ipsi esse adversatum, quod mihi nondum accidit agnoscere, ut idem Jctus sibi ἀμάχως esset contrarius. Alii distinguunt inter orationem Severi in *l.* 23. et Antonini in *d. l.* 32. §. 1. ut D. Wissenbach. *ad h. tit. th.* 11. Non placet, quia Antoninus habuit orationem suam patre collega superstite, *d. l.* 32. *pr.* cujus idcirco nomen primo loco Senatus Consultum praetulit, adeoque et Severi dicta fuit oratio, neque de pluribus in hanc rem orationibus patris et filii seorsim, quidquam memoriae proditum est.

Malo responsionem petere ex §. 1. *d. l.* 33. *Si uxor marito annuum versa vice praestiterit.* Est continuatio similis speciei. Hic agitur de annuo realiter praestito. Dic enim ita; In *princ.* Annuum non tantum fuisse promissum, sed etiam praestitum. Promissum dumtaxat, ait, peti non posse. Quod dein subjicit de confirmatione, id ultro de annuo praestito intelligere voluit, cum satis docuisset confirmationem ad alias quam rerum donationes non pertinere, idque mox ἀμέσως indicat, cum pergit, *Si uxor marito annuum versa vice praestiterit. etc.* (1) Jure novissimo non est dubium, quin tam donationes promissione constitutae, quam traditione impletae silentio ad mortem usque continuato indistincte confirmentur. *N.* 162. *Cap.* 1. Confirmata morte donantis liberalitas inde ab initio jure facta censetur, et ad principium suum retrotrahitur, tam quoad fructus, quam quod ad dominium attinet; modo non excedat summam quingentorum solidorum, aut, si illam excedat, insinuata sit actis donatio, *l.* 25. *C. h. t. d. Nov.* 162. *cap.* 1. qua omissa, quid juris, sit, ex loco communi donationis, quem habuimus ad *tit. I. de Donation. n.* 5. petendum. Caeterum, id ultro ex his quae dicta sunt, liquet; donantem habere in potestate revocare donationem, non aeque ipsius haeredem. *l.* 32. §. 2. Sufficit etiam tacita revocatio per divortium ex ira et cum offensa, nisi reconciliatio intervenerit.

(d) *Pos.* 4. 6. *et* 7.

* Ita nostro quoque jure regulariter quidem etiam obtinet, non convalescit tamen donatio Geradae ab uxore marito in praejudicium cognatae facta, licet alias mulieres, inter vivos valide Geradam donatione, in liberos vel extraneos conferre, non prohibeantur, *P.* 2. *C. El.* 13. §. *Diese* donation. verb. *dass. sie durch folgendes Absterben der Frauen nicht bekrästiget wird*, non obstante vero hac prohibitione, uxorem marito Geradae nomine aliquid donare, imo etiam ipsam Geradam, et in testamento quoque, ei vendere posse, existimat Carpz. *ad d. C. def.* 9. *seqq. def.* 21.

(1) *Eleganter et solide, pro more suo, hanc quaestionem tractat Vir Ampliss. Corn. van Bynckershoek* observat. lib. 5. cap. 18. *ubi ad* l. 33. h. t. *aliam responsionem suggerit, petitam* ex *natura annui, quae est, ut in futurum repraesentari non possit.*

l. 32. §. 10. *et* 11. *h. t.* Etiam per venditionem rei donatae et quamlibet alienationem; quin et per oppignorationem, non modo si res tradatur, sed etiam per hypothecam, *d. l.* 32. §. 5. quod a Justiniano quoad pignorationem abrogatum est in *d. Nov.* 162. *cap.* 1. *med.* §. 1.

6. Moribus hodiernis quid de hac prohibitione servetur* inde e *principio* dicere occupavimus. Quae gentes universalem inter conjuges societatem sive communionem recepere, non habent materiam donationis exercendae; quia quidquid alteri adquiritur, utriusque statim commune fit. Qui tamen inter eas, quicunque sunt in facultatibus nec vota sua praecipitant, pactis dotalibus a communione recedunt, exceptis reditibus; manifestum est, in ejusmodi populis prohibitae donationis usum non magis infrequentem esse, quam apud gentes quae lege universa communionem excluserunt. Sic tamen ut inter ejusmodi conjuges, donationes earum rerum quae ad reditus pertinent, ut si domus vilius locetur, et id genus alia, non habeant facultatem. Verum si conveniat, ut quorundam reditus bonorum societati eximantur, aut haec tota, vel ex parte, cum alterius lucro cesset, locum inprimis habet haec sanctio, ut antea dictum est. Denique, si redituum communio quoque inter conjuges sit exclusa, tum nihil est causae, quin jus Romanum hac parte valeat, ut largus alioqui juris abrogandi Groenevvegius, aeque statuit *ad pr. d. tit. Codicis*. Est ubi et mortis causa donationes inter virum et uxorem sunt prohibitae, quod de Ultrajectinis testatur Vir Cl. Joh. Voet *ad h. tit. in fin.*

TIT. II.

DE DIVORTIIS ET REPUDIIS.

I. Divortii et Repudii differentia. II. Facilitas Juris Romani in dissolvendis Sponsalibus. III. Juris Canonici, utique in sponsalibus de futuro. IV. Quid mores hac parte ferant. V. An diversa ratio in sponsalibus, quae habent tempus incerti eventus. VI. Sponsalia pura, licet de futuro, esse irrevocabilia. VII. An sponsalia pura, contrario partium consensu resolvi non possint.

(a) Sic sunt res humanae; *omnia orta intereunt*; ne matrimonium quidem, etsi individuam vitae consuetudinem continens, hac lege eximitur, non modo illa fatali mortis, quae est omnium linea rerum ultima, sed et aliis, divortio quae dicuntur atque repudia. Divortium inter virum et uxorem fieri dicitur; repudium vero sponsae remitti videtur, quod tamen et in uxoris personam non absurde cadit, ait lex 101. *de V. S.* Nam et uxor repudiari, *l.* 12. *pr. de Rit. nupt.* et repudium illi mitti dicitur, in *l. pen. ad L. J. de adult.* Idem ex *l.* 2. §. 1. *et* 2. *h.* liquet. Apud Suetonium, Caesar ut filiam Cinnae post Juliam inde natam *repudiaret*, nullis Syllae minis adduci potuit. *vit. Caes. in pr.* Plane sic habendum; repudii et repudiandi verbum, sponsis atque uxoribus commune, divortium his solis, minime Sponsis, esse proprium. *l.* 191. *de V. S.* Sed nequaquam ut eodem nomine sponsae nuptaeque dimitti possunt, ita jus est idem repudii atque divortii. De singulis videamus.

DE REPUDIIS.

2. (b) In sponsalibus solvendis alia est ratio juris civilis et alia canonici, quo hac parte magis utimur. Jure Romano sponsalia quemadmodum solo partium consensu ineuntur, ita pari consensu, imo alterutrius voluntate, dissolvuntur; *Nam alii desponsatae, renunciare conditioni et nubere alii* liberum esse rescribunt, ut juris notissimi, Diocletianus et Maximianus in *l.* 1. *C. de Sponsal.* Valerianus et Gallienus Paulinae, *Liberum est*, ajunt, *filiae tuae, si consilium mutare voluerit, nuntium remittere Sponso. l.* 2. *C. de Repud.* Quam libertatem scilicet, non minus competere viro, indubitatum est. Qua in re sicut veteres omnia formulis complecti solebant, hujusmodi verba probata sunt, CONDITIONE TUA NON UTOR, *l.* 2. §. 2. *h. t.* quae tamen non fuit solemnis formula verborum, quia et inter absentes commeari possunt, §. *ult. dd.* 2. ideoque et aequipollentia sufficere, non est ambigendum. *d. l.* 1. *C. de Sponsal.* Sponsaliorum autem, ad hunc effectum, appellationem sic esse accipiendam, ut ipsum matrimonii contractum, qui consensu perpetratur, comprehendat, ex iis, quae *supra* de sponsalibus disputata sunt, cognosci potest; idque nec esse quod miremur, facit eadem divortiorum licentia,

(a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 2.

* Nostris moribus, licet donatio uxori a marito facta regulariter non subsistat; Carpz. *P. C. El.* 13. *d.* 14. uxorem tamen una cum curatore, marito judicialiter valide donare, contendit Id. *d. l. def.* 16. j. Schilt. *ad ff. Ex.* 36. §. 102. *seqq.*

quae in nupliis consummatis apud voteres fuit, ut mox intelligemus. Jure civili igitur nan est dubium, quin ipso matrimonii contractus nondum consummatus, utriusque vel alterius consensu retrsetari possit, salva tamen ut videtur, etsi rarius usu veniat, in id quod interest aetione, ratione damoi, si quod illatum sit, aut lucri eessantia. *arg. l. 2. C. do Sponsal.* Postea placuit exigua restrictio; quod sponsus sine justa causa renuncians, amittat arrbam, sponsa, quae sui juris et major annia 25. duplicatas restituit; si minor, simplo defungitur, parentes ad duplum arrhae teneotur. Excusatio aetatis, ad spoosos etiam extenditur *in l. 5. C. do Sposal.* Causae vero justae sunt, matrimonium legibus probibitum, turpis, prodiga, vel impudica sponsae cooversatio, religionis diversitas, impotentia. *d. l.* 5. Hactenus de jure civili.

3. (c) Videamus, quid jure canonico in sponsalibus retractaodis sit receptum. Nota est hujus juris inter sponsalia da futuro et do praesenti distinctio. In sponsalibus de futuro dissolvendis, satis faciles sunt eanones. Rumpuntur enim mutuo consonsu, e. 2. *X. Do sponsal.* qui textus loquitur *do his, qui do matrimonio pure et sine omni conditione contrahendo, fidom dedorunt*; hi quidem modis omnibus commoneodi sunt, ut praestitam fidem serveot; si autem se invicem admittere noluerint, datur eadem libertas, *quae soeiis in renunciando, ne quis talem, quam odit, ducat.* Ex quibus, etiam unius disseosu, sponsalia rumpi posse dixeris; non tantum si persona sit talis, quae non nisi de futuro sponsalia eonferre possit, de quibus est *Cap. si nobis. 8. X. de Desponsat. impub.* sed etiam qui purum de matrimonio consensum inieruot. *d. cap.* 2. Quin etiam mulier, quae juravit se alicui nupturam, moneoda potius est, quam eogenda, ut nubat, si nubere renuat, *Cap. 17. D. t. do Sponsal.* Et tamen in *cap. 10. ejusd. tit.* qui juravit se mulierem esse ducturum, compellitur uxorem recipere, et maritali adfectione traetare, nisi rationalis causa obstiterit. Quae limitatio vel est addenda *d. cap.* 17. vel ego ista conciliare non possum. Rationabiles causae quaenam erunt? Arbitrarise? Magis est ut sint ejus generis, quales habentur in *cap.* 25. *De Jurejur.* fornicatio subsequens, lepra, paralysis, oculorum aut nasi ademptio, vel turpius aliquid. In non juratis igitur sponsalibus, dicendum videtur, jure canonico, non cogi sponsos, aut alterum ex illis, ad fidem implendam; sed repudium in patientia tolerandum. *d. cap.* 2. *et e.* 17. Quando igitur tanta facilitate sponsalia do futuro in irritum ceduot, non est mirum, si quis alienam de futuro sponsam, sibi verbis praesentibus desponsaverit, hisce de praesenti sponsalibus priora de futuro rescindi. e. 22. *ot* e. 31. *d. t.* Caeterum, si ad verba futuri temporis accesserit coitus praesens, hoc ipso sponsalia de futuro transeunt in nuptias consummatas, neo amplius resolvi possunt. e. 15. *c.* 30. *cap. ult. X. eod. tit.* (1)

4. (d) Sponsalia, quae de praesenti vocantur, esse ipsum matrimonium, habetur in *c. 25. d. tit.* et vidimus *ad tit. de Sponsal.* neo ideo mutuo eonsensu dissolvuntur, e. 31. *eod.* neo adeo ob alias causas quam propter quas matrimooium rescindere licet, de quibus *inferius*, dissolvi possunt. Adeo, ut si quis post sponsalia de praesenti cum uoa contraeta, dein aliam sibi despondeat, etsi posteriora concubitu adimpleta fueriot, priora tamen praeferenda sint. *c. licet 3. X. De sponsa duorum.* Wissenbach. *ad. h. tit. th.* 5. ubi plures *citati*. Priusquam ad divortia progradiamur, pauca de usu eorum, quae diximus, addenda, vel cum *supra* dictis conferenda. Satis prolixi *ad tit. de Sponsal. n.* 10. *et praecedenti* in hoc fuimus, ut probaremus differentiam terminationis futuri vel praesentis temporis in sponsalibus contrahendis, non posse tantum differentiae momentum inferre, quantum ai Pontifices adscribuot; sed promissionem matrimonii puram, esse contractum matrimonialem, etsi quis non dixerit, Accipio, sed; do tibi fidem, quod accipiam, promitto me accepturum te in uxorem. Idenque ita ex ratione juris ot in usu nostro observandum. Qui dixit ad unam. *Promitto me accepturum to in uxorom.* Et ad alteram: *Accipio te in uxorem.* Quidquid jus canonicum indulgeat, polygamus erit, ac ita punietur, ut qui duplex inierit matrimonium.

(c) *Pos.* 3. (d) *Pos.* 4.

(1) *De jure canonico sponsos cogi posse ut fidem adimpleant, nec unius dissensu sponsalia dissolvi,* vincit Cap. 10. de spons. et matrim. *Nec obstat* Cap. 17. eod. *Dum enim illic Pontifex ait:* monenda est potius quam cogenda: *hic verbis non excludit* coactionem secundum quid talem, *ut ita loquar, sed* absolutam dumtaxat coactionem *excludit, sive docet, mulierem reluctantem ad altare non esse rapiendam, neque ipsa invita benedictionem sacerdotalem esse peragendam. Sed non excludit coactionem talem, qua remedia coactiva adhibentur ut in matrimonium consentiat. Hunc esse sensum, patet exinde, quod in* cap. cit. *quaestio tantum mota fuerit de* modo cogendi Cap. 2. ff. de spons. et matrim. *eodem sensu exponi potest. Quod si quis post sponsalia de futuro cum una, aliam verbis de praesenti desponsasset, utique secundae adhaerere debebat, non quia tam facile a sponsalibus de futuro recedere licebat, sed quia cum secunda verum contractum erat matrimonium.*

l. 1. *et l.* 13. §. 1. *et seqq. de His, qui infam. not.* Quin si dixerit; *Do tibi fidem, quod te accipiam in uxorem*, et ad aliam, *Accipio*, etsi concubitum adjecerit, prior tamen actionem salvam ad matrimonium habebit. In omnium memoria *est* exemplum amanuensis amplissimi Curiae nostrae senatoris, ad majora deinde provecti, *qui* cum famula ejusdem habebat sponsalia futurae terminationis, nec enim adhuc in statu erant implendi nuptias. Juvenis deinde aliam locupletem puellam sibi desponsavit et eduxit, liberosque ex ea procreavit. Prior tamen sponsa jus suum persecuta et executa, virum per sententiam Curiae coegit, posteriorem *uxorem* dimittere, et se ducere in *uxorem*, quo facto posterior alii deinde Viro nupsit. (2)

5. Quin valde dubito, an nostri sponsalia inita ab iis, qui jus statim implendi habent, etsi dilata in tempus incerti *eventus*, a contractu matrimoniali distinguerent. Dixerit aliquis ita; *do fidem, promitto me in uxorem te esse ducturum, ubi Doctor, ubi Pastor alicujus Ecclesiae, ubi ex India redux factus ero.* Si interea duxerit aliam, videntur in ea sententia esse vulgo, polygamiae reum esse, et a prioribus nuptiis cum alia celebrandis intercedi posse, neque desunt exempla pastorum ob ejusmodi commissa suis locis motorum. An tamen ex ratione juris statuendum sit, ejusmodi sponsalia per alia pura non tolli, ex iis, quae *supra* de *sponsalibus* disputata sunt, haud immerito ambigitur. Probavimus enim, in ejusmodi exemplis sponsalia vere esse *futurarum nuptiarum*, hoc est, futuri contractus matrimonialis, qui deinceps adhuc sequi potest. Tu dices, obligatio in diem statim nascitur, imo etsi dies incertus ac ita conditionalis sit, tamen qui in diem vel sub conditione promisit, quamdiu conditio non defecit, retractare non potest, *cum* etiam spes obligationis ad haeredes transeat, modo natura negotii eie ferat. § *Conditiones* 6. *Inst. de Verb. obl. l* 57. *de V. O.* Respondetur, id esse verum de actione in id quod interest, ad quod tenetur qui non stat promissis, *l.* 72. *pr. de V. O.* quod *etiam* de sponsalibus ejus generis verum eit. Quin etsi fiat obnoxius poenis aut mulctis, qui bina sponsalia contraxerit, etsi altera sint conditionalia, non facit tamen ejusmodi promissio matrimonium. Proinde si interea matrimonium *pure* contrahatur, maxime si impleatur, hoc omnino consistere debet; de altero agatur in id quod interest, aut ad poenam, vel censuram. Quod si conditio, vel *tempus* incerti eventus extiterit, jam promissio purificata est; si defecerit conditio, nulla est promissio; ut et si promittens non habeat jus se obligandi; etsi post conditionem existentem habiturus sit jus: veluti, *eum* filiusfam. nuptias promiserit, si quando *pater mortuus fuerit*; vivo patre nulla est promissio, et aliam conditionem eligere potest. §. *pen. I. de Nupt.* Eo mortuo, conditione jam impleta, promissio pura fit, teneturque promittens ad fidem praestandam. *arg. d.* §. 6. *I. de Verb. Obl.* Jus idem se obligandi, negatum intelligo etiam personis per aetatem matrimonii incapacibus, quibus repudium sine dubio liberum, vel potius supervacuum est.

6. Igitur de pura promissione non videtur esse *dubitandum*, quin non tantum obligatio inde praesens, etsi verba *futurum* tempus induerint, producatur, sed etiam contractus matrimonialis in ea consistat et perficiatur. Nonne Pontifices ipsi ita agnoscunt? Innocentius III. Brixiensi Episcopo: *Postulasti, utrum ex solis verbis, et ex quibus matrimonium contrahatur. Nos igitur inquisitioni tuae taliter respondemus, quod matrimonium in veritate contrahitur, per legitimum viri et mulieris consensum:* SED NECESSARIA SUNT, QUANTUM AD ECCLESIAM, VERBA CONSENSUM EXPRIMENTIA DE PRÆSENTI. *c.* 25. *De sponsal. et matrim.* Videtur matrimonium statuere in consensu puro; sed *jure* positivo ecclesiae distinctionem praesentis et *futuri* temporis introductam esse; cum revera jus quaesitum *ex* promissione, sine conditione, vel tempore incerti eventus facta, licet *in* futurum concepta, stipulatori non possit auferri. Quare nec ab ejusmodi sponsalibus, altero invito, recedere licet, *c.* 31. *X De sponsal.* nec quidem mutuo consensu, *ut* ex eodem *textu etc.* 1. *X. de Sponsa duorum*, probatur evidenter. Vide Wissenb. *ad h. t. th.* 4. ac ita jus dicitur, ut exposuimus ad *tit. De Jurejur. n.* 8. *Part. II. p.* 387. Non eadem poenitentiae locus est: (3) Nec si maxime petat actor vel actrix, qui quaeve de

(2) *Notavi quoque ad eundem tit.* de sponsal. n. 7. et 10. *hanc sententiam Auctoris esse erroneam, unde cum ex erroneo hoc principio varias hic deducat consequentias, mirum non est et has erroneas esse. Nec Videe quid Auctor praesidii quaerat in* l. t. t. 13. § 1. et seqq. de his qui not. infam. *cum* l. 13. §. 3. *clare distinguat inter sponsam et nuptam, dum ait*: si alteri sponsa, alteri nupta sit etc. *adeoque hic ipse textus distinguit sponsalia a nuptiis. Polygamus proinde non est qui cum una sponsalia, cum alia nuptias iniit, Quod attinet exemplum rei judicatae, si in isto loco nullae solemnitates ad valorem matrimonii requirentur, non dubitem quin cum secunda fuerit verum matrimonium, adeoque male coactus fuit secundam dimittere, ut priori nuberet, eo magis, quod nullo sensu possit dici fuisse cum priori matrimonium, cum fuerint sponsalia futurae terminationis, tunc dum sponsi in statu non erant implendi nuptias.*

(3) *Frustra adducit Auctor hos textus ad probationem suae sententiae: dum enim Pontifex in c.* 25. X. de sponsal. *ait: matrimonium contrahi* per legitimum viri et mulieris consensum, *non docet quemvis*

facta probat, matrimonium esse contractum, impetrare potest, ut contra matrimonium judicatur. Hac de re tamen hujusmodi exemplum referam. Caja convenerat Titium de matrimonio, quod contractum adseverabat: Titius a fide servanda alienus, peregre se contulerat neque respondebat, ideoque per contumaciam erat condemnandus. Caja videns, si condemnationem impetraret, se fore impeditam ob aliis nuptiis, nec hoc marito potituram, non urgebat litem, eaque per aliquot annos jacuerat. Deinde ab alio conditionem optatam habere poterat: quam ut amplecti liceret, causa priore eadere cupiebat. Quamdiu enim lis illa pendebat, proximo erat in potentia matrimonii adquirendi, simulque perpetui impedimenti ab aliis conditionibus; petebat igitur a Curia, ut non obstante rei contumacia, ipsius petitio per definitivam rejiceretur. Dubitatum fuit, an concedi posset, quia videbatur esse renunciatio matrimonii illicita. Impetravit tamen, *primo*, quia adsertum quidem, non tamen probatum erat matrimonium, et absque interlocutione probandi causa, talia non definiuntur. Cum igitur mulier nihil probaret, rejici poterat. *Secundo*, quia satis apparebat, virum illam deseruisse, cum animo nunquam ducendi; cujusmodi malitiosa desertio ipsi matrimonio rumpendo sufficiebat. (4) Denique, favor matrimonii, et ne mulier apta proli creandae in irritum implicaretur, non levis ratio accedebat: ad libellum supplicem *Lolliae Harkes d.* 28. *Apr.* 1680.

7. Caeterum, an ex ratione juris gentium et divini, sponsalia pura, id est contractus nuptialis, ne partis quidem utriusque consensu sint revocabilia, nihil, ut ingenue dicam, non admodum liquet. Jus ita dici intelleximus, et recte quasi ex jure christiano, vel ideo; quod Reipubl. nihil in universum magis intersit, quam ut matrimonia frequententur, nec contracta revocentur. *l. 2. de Jur. Dot.* Sed ratio, quae ex legibus Christianis hoc jus invexit, est, quod vir et uxor in unam carnem eademque in ossa redigantur, quod non modo ad animum, sed etiam ad corporum conjunctionem spectare, manifestum est. Quid aliud efficiat, ne regulae naturales; *unumquodque solvitur eo modo, quo colligatum est, et quae consensu fiunt, ea contrario consensu resolvi*, in nuptiis obtineant, nihil profertur, nisi haec regula et doctrina: *matrimonium non facit coitus, sed consensus.* At haec regula dictat, obligationem fidei conjugalis et vinculum matrimonii, esse contractum et perfectum solo consensu; verum quominus obligatio consensualis, utriusque diverso consensu retractetur, illa regula officere non potest. Unitas personarum, carnis et ossium, quae rescissionem non admittit, sola voluntate animorum non conficitur. Ideoque ab illa sola ratione irrevocabilitatis absolute non proficiscitur, sed haec venit a conjunctione corporum, ut docet Apost. 1. *Cor.* 7. Qua non interposita, mutatio voluntatis ab utraque parte commissa, videtur esse innoxia, quemadmodum si privatim fiat, ut saepe accidit, pro crimine non solet haberi, sed et conniventia toleratur. Quod tamen non fieret, si post promulgationem et benedictionem ecclesiasticam, non secuto concubitu, retractatio fieret: neo enim vigor publicae disciplinae tam manifestam rei sanctae temerationem, silentio ullo modo transmittere posset. (5)

consensum *facere matrimonium, sed consensum matrimonialem duntaxat, qualis non est consensus de matrimonio postea contrahendo, cum ipse Pontifex consensum de praesenti requirat. Nec exinde, quod dicat* necessaria sunt, quantum ad Ecclesiam, verba consensum exprimentia de praesenti, *deduci potest, distinctionem praesentis et futuri temporis jure positivo ecclesiae introductam esse, cum Pontifex hoc velit, consensum internum* de praesenti *esse animam et causam essentialem contractus, sed hunc consensum, signo externo esse declarandum, quod ipsum utique in natura rei fundatur. In* cap. 31. X. de sponsal. *non docet a proprie dictis sponsalibus consensu mutuo recedere non licere, sed sponsalia de praesenti, sive ipsum matrimonium, sic dissolvi non posse ex ea recte colliges. Quod attinet* c. 1. X. de sponsa duor. *aperte illic distinguitur consensus de futuro, a consensu de praesenti; priorem enim* fidem pactionis *vocat, quando sponsus sponsae promittit,* quod eam ducet: *posteriorem vero* fidem consensus *nominat,* quando corde et ore consentit ducere, et mutuo se concedunt unus alii, et mutuo se suscipiunt.

(4) *Notetur hic obiter, secundam rationem ab Auctore allegatam, certe non valere. Sed quaestio de malitiosa desertione, occurret sub* h. t. n. 12.

(5) *Quod irrevocabilitas matrimonii a conjunctione corporum proficiscatur, erroneum est, non enim solum facto, sed praecipue mutuo corporum jure et potestate conjuges fiunt una caro, quae unitas, proinde et irrevocabilitas, quam Auctor naturae adnexam voluit huic contractui, absque conjunctione corporum est. Contrarium non docet Apostolus* 1. ad Corint. cap. 7. *nec etiam* 1. ad Corint. cap. 6 v. 16. *eum, qui commiscetur meretrici, cum ea unam carnem fieri. At in hoc praecellit unio conjugum, quod ex Dei institutione conjuges una caro efficiantur mutua corporum potestate ex jure, quod non coitus sed consensus efficit. Miror sane mutationem voluntatis ante benedictionem ecclesiasticam ab utraque parte commissam Auctori innoxiam, non autem post eam, cum ipsemet docuerit* P. 1. pag. 44. *eam in Frisia nihil ad matrimonium facere.*

DE DIVORTIIS.

VIII. Origo Divortiorum, et causae, propter quas bona gratia fieba t. IX. De jure patriao potostatis in divortiis. X. Causae divortii communes utrique conjugi. XI. Propriao contra uxorem ot maritum. XII. Quid Juro Evangelico, et Canonico. XIII. An malitiosa desertio, ut ab Apostolo traditur, recipiat, et quam extensionem. XIV. Utriquo conjugi par esso jus in his divortii causis. XV. Adulterium videri ipso jure abolere matrimonium. XVI. An parti noxiae licitae sint novao nuptiao. XVII. A divortii causis distincta Nullitas, ejusquo speciem esse impotentiam. XVIII. Corrupta pro virgine ducta, quid juris. XIX. De Separationn mensao et thori. XX. Do morte, ot ignoratione mortis.

8. (e) Sed transesmus ad *Divortia*, quorum jus aliud vetus, Romanumque aliud fuit recentius, Divinum, et moribus hodiernis approbatum. Apud priscos Romanus plus quingentis annis nullum divortii exemplum fuit, quod primum edidit Sp. Carvilius, religioois causa; quod apud censores jurare coactus foerat, uxorem se libererum quaerendorum causa habiturum; ea vero quam habebat, ipsi dilectissima, corporis vitio liberos non pariebat, ut refert Gellius *lib.* 4. *c.* 3. Ab eo tempore paulatim ita invaluit hoc institutum, ut divortiis nihil frequentius fuerit, quemadmodum certe haeo necessitas iodivisibilis societatis, ut sunt mores homioum, multis durior accidit, quando nulla societatis io perpstuum eoitio, *l.* 70. *Pro Soc.* quae moribus etiam bonis, ut discordiarum fomos, adversa creditur, *l.* 77. §. 20. *de Legat.* 2. cujus veritatis experientia, ne quidem in societate nuptiali deficit. Causae divortii bifariam distinguuntur; quod alii cum *bona gratia discedunt, pleriquo eum ira sui animi et offensa*, *l.* 32. §. 10. *de Donat. int. vir. et ux.* Causae, propter quas bona eum gratia solvitur matrimooium, recensentur in *l.* 60. *in fin.* cum *seqq. eod. tit.* Sacerdotium, sterilitas, valetudo, militia, senectus; quaodo propter illas judicabant matrimonium haberi non posse, ideoque *bona gratia* matrimonium dissolvebat. *l.* 62. *in pr.* Tametsi non semper has causas benam gratiam habuisse, verisimillimum est, eum saepe vetulae taedio sui dimitterentur, quemadmodum Juvenalis *Satyr.* 6. de tali divortio:

Collige sarcinulas, infit libertus, et EXI.
Jam gravis os nobis et saepe emungeris, EXI.
Ocyus ot propera: sicco venit altera naso.

Quio et mulier eadem libertate causam repudii praestare poterat. *l.* 6. *h. t.* Nec deerant potentium dominarum servi et liberti, maritos impares, cum uxoribus essent taedio, infectari, nihilo quam vetulas moderatius, τὸ φρόνημα τῆς γυναικὸς, τὴν δουλοπρέπειαν τοῦ ἀνδρὸς, οικτρὸν ὄνειδος! ο πίνος ῥακκοδύτης, ο ἄτιμος ἐξ ἀτίμων. Τί γὰρ ηλθεν ἔχων; ου πάντα τῆς κυρίας; *Superbiam mulieris; servilo mariti obsequium!* Tandem *convitia domesticorum! Egons*, ajunt, *illo, pannis obsitus*, olim, *inhonestus inhonostorum; quid habuit cum veniret? Nonne cuncta sunt dominao!* Chrysostom. *homil.* 75. *in Matth.*

9. Quin etiam, si bene conveniret, patres habebant olim jus filias a maritis revocandi, et divortium jure patriae potestatis imperandi, ut probavimus in *part.* 2. *Digross. lib.* 1. *c.* 18. Dein Marcus *Imper.* statuit, non esse permittendum patribus, ut *bene concordantia matrimonia jure patriao potostatis turbontur*, *l.* 1. §. *ult. do Liber. exhib. Nisi magna ot justa causa interveniente, hoc pater fecerit*, *l.* 5. *C. do Repud.* ubi Marcus novi juris auctor laudatur. Proinde si filia metu, reverentia, nimiove mariti amore, nullo pacto se a viri omnibus flagitiis cooperti consuetudine divelli patiatur; pater hodieque sine voluntate filiae nuptias dissolvere, eamque domum abducere potest, Jure, inquam, Codicis; etiam jure novissimo, si causae divortii sint legibus probatae, de quibus porro videamus.

10. (f) Jure novissimo Justiniani, causae divortii probatao, sunt vel communes utrique conjugi, vel propriae singulis. Communes sunt quatuor; Prima Adulterium. *l.* 8. §. 2. *et* 3. *C. h. t.*

SCHOLIUM.

Sed adultorii mentionem non facit Imp. in N. 117. c. 9. *respectu viri. Et qui facere potuisset, cum do jure civili vir non committat adulterium?*

RESPONSIO.

Quid hoc novi, vir non committit adulterium, qui utique adulter? Ipso textus, quo respicit Thomasius, docet contrarium Adultorium in Nupta committitur, l. 6. §. 1. ad L. Jul. de adult. *a quo, nisi a viro? An quia vir rem habens cum soluta, non committit adulterium; secus ac nupta cum caelibe, an*

(e) *Pos.* 5. *et* 6. (f) *Pos.* 7. *et* 8.

ideo vir alienam matremfam. corrumpens, non fit particeps communis delicti appellationis? Cur ergo, ait, *omittitur adulterium inter causas divortii a viro faciendi, in* d. N. 117. e. 9.? *Quia satis eo coutineri videbatur, quod diverti ab eo licet, si alias mulieres, invita uxore, domi habeat*, d. c. 9. *idque propter adulterii suspicionem. Quanto magis ob ipsum adulterii crimen?*

N. Anuit.

Sic ex una lite fiunt duae. Una, de quaestione, an ex mente Justiniani adulterium a marito commissum, sit causa, ob quam uxor ab eo divertere possit? Altera, an maritus possit committere adulterium? Priorem quod attinet, eam adhuc nego. quia Justinianus recensens causas justas, ob quas mulier divertat a marito adulterium mariti omisit. Nec juvat Auctorem, quasi adulterium mariti comprehendatur sub causa, si alias mulieres invita uxore domi habeat d. cap. 9. *Id enim plane a Justiniani inteutione alienum esse, patet, si quis modo verba Justiniani attente consideraverit. Ait Imperator*; si quis in ea domo, in qua eum sua eonjuge eommanet, eontemnens eam, eum aliis inveniatur in ea domo manens; aut in eadem eivitate degens, in alia domo eum alia muliere frequenter manere eonvineitur, et semel, et secundo eulpatus, aut per suos parentes, aut per mulieres, aut per alias aliquas fide dignas personas, hujusmodi luxuria non abstinuerit: licere mulieri pro hac eausa solvere matrimonium. *Jam vide Lector, an haec causa inserta sit ab Imperatore, ut mulier secedat a marito, solum, ut Auctor dicit, propter odulterii suspicionem, quanto magis ob ipsum adulterium. Nam primo inconveniens est, causae hujus rationem in suspicione adulterii quaerere, cum pellices, de quibus agit* d. §. 5 n. 9. *etsi non semper, tamen plerumque sint personae solutae, cam quibus maritum non committere adulterium, concedit. Deinde expresse patet, quod Justinianus hic non respiciat ad ipsum actum concubitus, qui alias adulterium facit, vel ejus suspicionem, sed ad consuctudinem conversationis, et, ne uxor cogatur pellicem in una domo vel civitate ferre. Ergo si maritus cum mille aliis extra urbem, ubi domicilium habet, concumbat, imo etiam in ipsa urbe, modo non eam feminam frequentet, vel caecus palpabit, adversus talem non posse allegari ab uxore istam Justiniani Novellam. Ad secuudam quaestionem. Hic mallem, ut Auctor ab admirabunda illa quaestione abstinuisset.* Quid hoc novi, vir non committit adulterium? *Nam idem quod ego, ipse Autor alibi. Vide et Praelectiones et Positiones* ad Inst. de publ. judic. *ubi Auctor docet, adulterium esse corruptionem uxoris alienae, maritum vero, etsi rem cum virgine vel vidua habeat, non committere adulteriam, sed stuprum, et ita etiam polygamiam ex principiis juris civilis non posse considerari ut adulterium. Sed tamen, urget Auctor, maritus cum aliena uxore se conjungens adulter est. Quis hoc negaret? Sed quid hoc ad praesentem quaestionem, est tum adulter intuitu mariti illius uxoris, quam violavit, qui potestatem etiam habet, eum accusandi de adulterio. Non est adulter intuitu propriae uxoris, quae non habet jus thori, quae adeo non potest accusare maritum de adulterio. At de adulterio mariti* intuitu uxoris *propriae sermo est, quod adeo semper debet subintelligi, etiam si non exprimatur. Non tamen intercedo, quominus haec verba inserantur ad finem Scholii ad praecludendas in posterum ejusmodi cavillationes. Habes autem simal jam rationem, cur Justinianus ex hypothesi juris Romani non potuerit uxori coucedere divortium, ob concubitum mariti simplicem, etiam cum alia uxore, quia scilicet uxor non habens jus thori, non potest etiam conqueri de thoro violato, et illata sibi injuria.*

Secunda communis causa est: crimen perduellionis, aut ejus reticentia. Tertia: insidiae alterius vitae structae *d. N.* 117. *c.* 8 *et* 9. Quarta communis causa est: consensus partium, quem ut divortii causam improbaverat Justinianus in *Nov.* 117. *e.* 10. Sed nepos ejus Justinus II., eam causam reduxit in *N.* 14. *c.* 1. ubi: Θεσπίζομεν ἐξεῖναι κατὰ τὸ παλαιὸν τὰς ἐκ συναινέσεως διαλύσεις ἐπὶ τῶν γάμων ποιεῖσθαι: *Sancimus, antiquo more divortia per mutuum consensum facere licere*, addita ratione, quia nuptiae fiunt ἀμοιβαδὸν, *consensu mutuo*; proinde easdem εἰκότως ἐναντία γνώμη κατὰ συναίρεσιν διαλύει, *Contraria sententia per consensum merito illas dissolvit.* Thomasius monet, addendam fuisse quintam communem causam, quae est mors. *Scholio ad posit.* 9. *h. t. lit. f.* Sed agimus de divortio, non de modis finiendi matrimonium. Mors autem non est, opinor, causa divortii.

N. Anuit.

Ita opinor et ego, et omnes, qui non gerunt cerebrum in calcanco. Stipes fuissem et supiuissime negligens, si dixerim mortem addendam esse causis divortii communibus. Ubi ergo hoc dixi? In scholio ad posit. 9. lit. f. *Tu vide lector et judica. Positio* 9. Muribus hodiernis sequimur jus divinum novi foederis, quo duae tantum causae cognoscuntur,

adulterium, item malitiosa desertio, quae fit cum animo non revertendi, per quas vinculum quoque ipsum conjugii dissolvitur, ut e textibus liquet, etsi aliter jure canonico. *Hic ad verba*, duae tantum causae, *adjeceram illud Scholium*, Intelligendum hoc est de divortio, ut quod fit inter conjuges viventes. Nam quod morte solvatur conjugium, non est dubium. (*Vides hic me ipsum mortem a divortio separare. Quomodo ergo possem uno quasi halitu mortem velle addi causis divortii communibus? Ideo vero hoc monitum adjeci, quia in fine positionis mentio fit dissolutionis ipsius vinculi, et communiter tres causae a Theologis nostris et JCtis afferuntur, quibus vinculum conjugii solvatur, mors, adulterium, et malitiosa desertio, ne videatur Auctor, duas saltem causas recensens, aliquid novi tradere voluisse.*) Unde huc (*id est ad mores hodiernos et modos divertendi receptos*), quoque spectabit causa octava ex posit. 9. non mulieri tantum propria, sed et viro competens. (*Erat vero ibi causa octava: si uxor absentem maritum non temere audiverit esse mortuum.*) *Ex his ultimis verbis Auctor exsculpere vult, quasi jusserim mortem tanquam novam causam addendam esse causis divortii marito et uxori communibus. Quanta supinitas! Ne quid gravius dicam.*

11. PROPRIÆ causae quas vir habet adversus uxorem, sunt etiam quatuor. I. Si cum viris aliis, invito suo, convivata sit. II. Aut cum illis laverit. III. Si foris pernoctaverit alibi, quam apud parentes. IV. Si ludos circenses aut theatrales, sine viri consensu, spectaverit. *d. Nov.* 117. *c.* 8. Contra virum mulieri proditae sunt totidem causae. I. Quando vir uxorem prostituit, vel ejus castimoniae insidiatur. II. uxorem temere adulterii accusaverit. III. Si maritus domum suam, in vita uxore, ducat habeatque mulierem, aliasve mulieres. IV. Si foris, at in eadem civitate, crebro aliam mulierem visit, et neque monitus desistat. Hoc enim uxori intolerandum. *d. Nov.* 117. *c.* 9. Alias divortii causas inter conjuges ne quidem pacto in antecessum constitui posse, docet eadem *lex* 8. §. *ult. C. h. t.* Si ex his causis divortium factum fuerit, vir quidem statim, mulier post annum, (propter incertum uteri, ad alia vota transire potest. *d. l.* 8. §. 4. *in fin.* Non est igitur, quod quis hasce causas putet esse *separationis* mensae atque thori potius, quam vinculi conjugalis, etsi nos illud equidem mallemus.

12. (g) Unde enim haec deformis a jure divino, quo duae tantum divortii causae sunt proditae, christianis Imperatoribus discrepantia? Merito equidem haec licentia pontificibus displicuit, qui tamen nec ipsi τὸ ὀρθὸν usquequaque tenuerunt, in defectu peccantes; dum negant ullas dari causas, quibus ipsum matrimonium, seu vinculum conjugale solvatur, nisi propter quas ab initio nullum fuisse judicatur, qualis est frigiditas et impotentiae antenuptialis causa. *c.* 1. *et tot. t. X. de Frigid. et malefic.* Sed vinculum conjugii nec ob adulterium quidem scindi, statuunt *cap.* 3. *Caus.* 32. *Qu.* 5. *Cap.* 2. *dict. caus. Qu.* 7. ubi sic habetur: *Licite dimittitur conjux ob causam fornicationis, sed manet vinculum prioris. Propter quod fit reus adulterii, qui dimissam duxerit, ETIAM ob causam fornicationis.* Diserte contra quam Christus Dominus, qui reum adulterii facit eum, qui dimissam duxerit uxorem, Ἐκτὸς λόγου πορνείας, *extra rationem, sive excepta causa fornicationis*, *Matth.* 5. *v.* 32. *Item si μὴ ἐπὶ πορνείᾳ, nisi ob scortationem. Matth.* 19. *v.* 9. Pontificios quidem Theologi nostri abunde refutarunt, nominatim Spanhemius *dub Evang.* 159. (6) Sed alii existimant, Christum Dominum illis verbis non exclusisse omnes praeter adulterium causas, sed exempli causa adulterium posuisse, non exclusis aliis similibus, quos inter Bucerus *lib. de regno Christ. cap.* 36. et ex JCtis novissime D. Bokelman. *disput. Inaug. medic.* 4. *ax.* 3. et alienis licet verbis, Struvius *Exercit.* 30. *th.* 41. Christum agere censens de privatis divortiis, non de publicis, in quibus a juris civilis laxitate non putat abhorrendum. Sed tutior et verior est communis sententia, Christum in his verbis: *Quisquis uxorem dimiserit, extra rationem scortationis, facit eam moechari*, satis valide praejudicasse magistratibus et exclusisse causas omnes, ut alia non sit admittenda, nisi ex auctoritate divina; qualem habemus pro malitiosa desertione, de qua Paulus 1. *ad*

(g) *Pos.* 9.

(6) *Extant de hac controversia integri libri, nec nostrum est diutius immorari refutationi sententiae theologorum Acatholicorum. Sufficiat notasse, Pontificiorum sententiam satis perspicue fundari in verbis Christi Domini*, Marc. 10. v. 11. et 12. Luc. 16 v. 18. *Item* Matth. cap. 5. v. 32. et cap. 19. v. 9 *apud quem verba*: nisi ob fornicationem, *referenda non sunt ad id quod sequitur*, et aliam duxerit, *sed tantum ad id quod praecessit, scilicet ad dimissionem. Eodem modo in* cap. 5. v. 32. *verba*: excepta fornicationis causa, *ad dimissionem tantum sunt referenda, non ad id quod sequitur*, et qui dimissam duxerit adulterat, *alias enim sequeretur, quod conditio illius, quae juste esset dimissa, melior foret, quam ejus quae injuste esset dimissa, illa enim ab alio viro duci posset, haec non posset, quod videtur incongruum.*

Corint. 7. *v.* 12. *et seqq. Ego* inquit, *non Dominus*; de quo conflictu vide Spanhemium *dub. Evang.* 147. *sub fin.* et Wisseub. *h. tit. th.* 13. Loquitur de infideli conjuge fidelom deserente; sed ratio ad omoes pertinet, *οὐ δεδούλωται ἀδελφὸς ἢ ἀδελφὴ ἐν τοῖς τοιούτοις*, *In similibus frater aut soror non sunt obnoxii servituti*, *v.* 15. Atqon haeo extensio ab infidelibus ad quoslibet, suos conjuges malitiose, id est eum animo nunqoam redeundi vel an conjungendi, deserentes, * ubiqun in Protestantium Ecelesiis recepta est, teste Carpaovio *Jurispr. Consistor. lib.* 3. *tit.* 5. *def.* 86. *n.* 15. (7)

13. Ait Apostolus, *Εἰ δὲ ὁ ἄπιστος χωρίζεται, χωριζέσθω*, *si infidelis separot se, separator.* Ao sepsratio praecise tantum respectu habitationis, an vero etiam ratiooe *τῆς συνουσίας*; conjunctionis corporom intelligi possit, aeerrime diseeptatum est Heidelbergae ie eaitu anni 1657. et eireiter; quo tempore ibi cum agerem. Princeps Eleotor *Carolus Ludovicus* divortium ca hao oausa ab oxore moliebatur; eoque, lieet indirecte, pertinebaot theses Bokelmannianae, tum primum januam gratiae sibi patofacientis. Satis enim eonstat, Elnctorem ita oontendisse, diu et eontumaeiter negatam sibi fuisse a oonjuge debiti conjogalis eopiam, eemque sibi oausam fuisso aliam uxorio adfectu tituloque adseisceodi. Si constitisset do diuturnitato temporis, maligoo animo, contumaeia invineibili, (haee enim oegabantur a parte Electrieis Ille veri, ut ferebaot, testandi causa, saoram synaxin in templo majore solemniter eelebraverat) jus non usque adeo a finibus vevi abhorrere videtur. Major enim est perversio conjugii et malitia, separare quod solum facit unitatem carnis et ossium, io qua vis matrimonii coosistit, quam si domibus separentur, et difficile diotu est, eur Apostoli dictatum. *Εἰ χωρίζεται, χωριζέσθω οὐ δεδούλωται ἀδελφὸς ἢ ἀδελφὴ ἐν τοῖς τοιούτοις. Qui se subducit, subducat so*, noo est *addictus servituti in talibus frater aut soror*, huc epplioari nequeat. Noo defuere et *alias*, qui occurrente notabili eaemplo, quo puella Sponso juncta, eum pertinacissime iude ab initio corporis copiam viro, et quidem eius, ut testabatur, odio, negaret, si in longum durasset, divortium peti posse judiearent, et forte petitum fuisset, ni mors praevenisset. His diebos in hac oivitate par agit hominum, post praevia sponsalia comprobata, per sententiam Curiao coagmentatum, e quibus vir neo ad lectum, nec ad mensam, oeo ad ullam partem consuetudinis mulierem admittit, neo unquam se admissurum dejerat, etsi cohabitationem metu judieis tolerat. Si io hac malitia diu satis perseveret, io teeto parietibusque non videtur esse matrimonium Sed ejusmodi hominem malitiosae desertioois reum existimarem: ut tameo id ipsum aliorum judicio prudentiaeque libenter submiserim.

14. (h) Porro in his divortii causis, utrique conjugum par eat jus et facultas; tam uxor quam vir, divortium petere possunt, etiam jure eivili *d. l* 8. §. 2. *et* 3. *C. h. t. et Nov.* 117. *c.* 9. Apostolus idem graviter docet, eum utrumque negat *τοῦ ἰδίου σώματος ἐξουσιάζειν*, *proprii corporis habere potestatem, sed alterum esse in alterius potestate*, 1. *Corinth. Epist. c.* 7. *v.* 4. de quo ratio vult, etsi vir cum soluta rem habens, non sit adulter jure oivili, ad divortium tamen hoc aeque sufficere, quam si mulier conlibi se committat; imo etsi cum meretrice rem quis habuerit, uxori ad divortium hoc sufficit, quia ea Apostoli ratione, rumpit vinculum matrimonii, unitatem faciendo cum alia. Etsi jure eivili haoteuus sit dispar a viro uxoris ooodltio, tantum in hoc, quod uxor virum publico adulterii judieio reum peragere non potest. *l.* 1. *C. ad L. Jul. de adult.* Thomasius *ad posit.* 10. ideirco id ita placuisse putat, quia vir non committat edulterium; sed hoc abunde refutatum est. Fuerit bao in parte, quod ad usum publieae aecusationis, inquam, inter virum et uxorem differentia: cum etiam in ipso crimine sit evidens discrimen, quatenus vir gravius multo, quam uxor, adulterio laeditur; primo interpretatiooe contumeliee, qua viri ludibrio per uxorum impudieitiam, mulieres e virorum stupris miseratione magis eacipiuntur; dein suppositiooe partus: quam faciunt adulterae, ut

(h) *Pos.* 10.

(7) *Miror a Protestantibus adeo perverti posse Apostoli sensum: Primo enim* 1. ad Corinth. cap. 7. v. 10. et 11. *generalem hanc regulam ponit*, uxorem a viro non discedere: quod si discesserit, *manere* innuptam, aut viro suo reconciliari. Et vir uxorem non dimittat. *Deinde in* v. 15. *ab hac regula excipit unicum casum, nempe de matrimonio cum infideli, qui vult discedere a fideli Dicitque* in hujusmodi *fidelem non esse ligatum. Sane si hoc privilegium, in gratiam fidei indultum, in omni discessione locum haberet, generaliter, de omni discedente, non speciatim de infedeli, loquutus fuisset Apostolus.*

* De edictali citatione conjugum deserentium, dictom fuit *supra P. II. p.* 111. add. Finckelth. *Obs.* 121. *n.* 15. *et* Carpz. *P.* 3. *C. El.* 26. Non licet autem parti desertae novum contrahere matrimonium, antequam per sententiam judicis declaratoriam, prius conjugium fuerit dissolutum. Carpz. *Jur. Cons. l.* 3. *d.* 67. *sq.* post quam si desertor vel desertrix in territorio Saxonico deprehendatur, fustigatur et perpetuo relegatur, nisi pars laesa matrimonium redintegrare velit, tunc enim, in honorem matrimonii, poena fustigationis in poenam carceris commutatur. *Ord. Matrim. d. an.* 1624. *punct.* 3. *pr.*

maritus alienae prolis habeatur pater. Non opus igitur, ut ex fictitia Thomasii ratione, discriminis hujus momentum repetamus.

N. ADDIT.

Meam vero rationem nequaquam esse fictitiam, sufficienter docuit nova additio modo ad initium n. 10. *adjecta.*

Plura in hanc rem, aliaque habet D. Wissenbach. *ad hunc tit. th.* 11. Idem multis prosequitur hanc positionem, *quod maritus non cogitur uxorem adulteram, licet maxime resipuerit, in thorum recipere, quia poenitentia non abolet hoc delictum. l.* 43. § 4. *de Rit. Nupt.* quod proinde respectu uxoris, si vir adulterii convictus gratiam redintegrare velit, statuendum vult eadem ratio. Verum quod is, qui deprehensam in adulterio uxorem retinuit, adulterumque dimisit, lenocinii reus fit, et Lege Julia punitur, *l.* 29. *in pr. ad Jul. de Adult.* ad uxorem non extenditur. Nec etiam extra hanc causam videtur maritus prohiberi, adulteram poenitentem recipere et penes se retinere, *Nov.* 134. *c.* 10. nec uxori adulterae adhaerere, si malit, quam cedere, fraudi est. Imo quoties reconciliatio intervenerit, expressa vel tacita, divortio renunciatum intelligitur. Et tacita censetur reconciliatio, quando post cognitum adulterium, pars innocens debitum conjugale cum adultero adulterave communicavit, ut servatur et judicatum est apud Sandium 2. 6. 2.

15. Ex eo tamen, quod conjuges libertatem habent utendi jure suo vel non utendi, non sequitur, adulterio matrimonium ipso jure non solvi, ut vult D. Wissenbach. ad *h. tit. th.* 12. laudans Bachovium *vol.* 2. *disp.* 6. *in fin.* Dicendum potius videtur, essentiam matrimonii consistere in fide conjugii, ac unione corporum rupta, alteroque ad unionem tertii segregato, matrimonium hoc ipso, ante declarationem judicialem, rumpi; Ἔσονται οἱ δύο εἰς σάρκα μίαν, *fient ambo una caro.* Ὁ δὲ κολλώμενος τῇ πόρνῃ ἓν σῶμά ἐστιν; *Qui autem scorto se adjungit, una cum illa fit caro.* Ideoque ruptum est vinculum unitatis: quod est matrimonii, quanquam si de facto dubitetur, judicis opus est declaratione, sicut in omnibus, quae *ipso jure* dicuntur existere, fieri, notum et necessum est. Verum si res certa et clara sit, detecta ἰνὸργῳ, confessione, vel re ipsa, utero, vel partu indubitata, non opus est expectare judicis declarationem. Potest confestim repudiari, nec erit polygamiae crimen, si pars innocens aliud matrimonium contrahat, (8) etsi priusquam novas nuptias publice exequatur, judicis expediat adhibere decretum. Sic vult ratio, nec usus, opinor, abhorret, jus divortii per se existere, facto esse opus ad executionem, cum si tu neges adulterium ipso jure matrimonium solvere, polygamus foret, qui ante sententiam nova vota contraheret. Hinc etiam ad objectiones respondendum. Wissenbachius in contrarium nititur, per *l.* 8. *C de repud. cet.* quae dicit, *matrimonia non nisi misso repudio dissolvi, in pr.* Quod etiam primum Bachovii argumentum est. Sed jam diximus, quae fiunt ipso jure, non possunt executione facti carere; si vir adulterae non mittat repudium, retinet eam, nec ab ea liberabitur. II. Oppon. *N.* 117. *c.* 8. §. 2. *Si de adulterio maritus putaverit, posse suam uxorem convinci, oportet virum prius inscribere mulierem, aut etiam adulterum: Et si hujusmodi accusatio verax esse ostenditur, tunc repudio misso, habere virum super ante nuptias donationem* etc. Resp. Hoc ita facto opus esse, quoties crimen non est manifestum, ut fit in omnibus, quae ipso jure fiunt, nec potest aliter. Denique, ad obtinenda lucra dotis, aliaque parti innocenti ob adulterium competentia, de quibus heic agitur, semper opus est judicio. Habet aliam rationem in *fin. th.* 2. *ejusdem Disput.* ubi de sponsa egit; si sponsalia fornicatione sponsae ipso jure nulla essent, *in potestate foret sponsae peccando se liberare sponsaliorum nexu, mulier adulterando se a viro, cujus satietas eam cepit, liberare posset. Quod sine evidenti absurditate dici nequit*, ait ille. Non est opus dicere, nihil in hoc esse absurdi, cum simul poenae se reddat obnoxiam, et ipsa sponsaliorum nuptiarumque solutio habet rationem poenae adversus nocentem. Sed tu nega illam consequentiam. Etenim executio nullitatis semper est in arbitrio ejus, in cujus favorem introducta est: qua si uti nolit, res manet in statu. Contractus cum solo pupillo initus, est ipso jure nullus, nec tamen ideo, qui cum eo contraxit, nullitate uti potest. *pr. I. de Auct. Tut.* Testamentum, in quo filiusfam. est praeteritus, est ipso jure nullum, *pr.* 1. *de Ex hered. lib.* Si tamen filius acquiescat convalescit, *l.* 17. *de Injust. rupt. testam.* Idem de nuptiis puta, quot ipso jure nullae per adulterium; vir non est polygamus, si statim aliam ducat. Nec tamen ideo, si uxorem retinere malit, hanc dicere potest, matrimonium esse nullum, faciendum esse divortium. Quas habet ab illis diversas Bachovius ratiunculas, Lector facile solvet. Primam ejus rationem habuimus. II. Est haec, *Morbus*

(8) *Apud nae certe in polygamiae crimen incideret qui aliud matrimonium contraheret, cum per adulterium vinculum matrimonii non solvatur, licet propterea uxor in perpetuum dimitti possit, at fornicariam dimittens non faciat eam maechari, quia ipsa se fecit maecham et privati jure conjugii.*

incurabilis sponsalia vel nuptias ipso jure non tollit, Ergo nec adulterium. Tu nega consequentiam. Quid enim commune habet morbus in tractu temporis haerens, et cujus exitus vix unquam certus est, cum adulterio, actu transitorio? Calamitas cum crimine, malum triste, solatio conjugali maxime egens, cum malo turpi, quo nil matrimonio inimicius? III. Bachovius: *Quia in d. l. 8. et in Nov. 117. c. 9. Adulterium cum aliis causis conjungitur, quae ipso jure vinculum non solvunt.* Resp. Videnda cujusque causae natura, Reliquae matrimonii unitatem immediate non evertunt, sicut adulterium. Conjunctio cum caeteris causis ad exitum divortii pertinet; nullitas aut rescissio, a diversitate singularum. IV. Quia in *d. l. 8. Mulier jure divertit, si vir cum alia rem habeat, et cum nihil interesse possit, utrum haec nupta, an soluta fuerit, absurdum sit, per stuprum, quod cum hac committitur, ipso jure conjugium solvi.* Resp. Ex interna matrimonii natura et jure Apostolico, per stuprum, id est coitum cum virgine vel meretrice, matrimonium ipso quoque jure solvi, diximus antea; sed de jure civili negatur, id quod Bachovius punit, divortii causam nasci ex eo, quod vir cum alia rem habuerit. Non extat in *l. 8.* sed traditur, si vir ante oculos uxoris cum impudicis feminis coetus agat, divortio causam dari.

16. Soluto per adulterium matrimonio, consequens erat, utrique novarum nuptiarum copiam dari, nec eam noxiae parti, sicubi poena capitalis adulterio non sit imposita, negari; sed legibus adulterii damnatam prohibitum est in uxorem ducere, sub poena Legis Juliae, quae olim, ut dictum ad *tit. I. de Publ. jud. n. 6* relegatione gravior non fuit. *l. 29. §. 1. ad L. Jul. de Adult. l. 9. C. eod.* Justinianus deinde post quinquennium mulieri ex justa causa repudiatae novum matrimonium permisit. *Nov. 22. c. 15. §. 2. et 3. et c. 18. in fin.* Nec hoc Statutis sublatum videtur, quibus soli innoxiae parti nova matrimonii ineundi facultas datur; ut nostris *lib. 2. tit. 11. n. 4. Parti innoxiae per Magistratum*, ajunt, *causa legitime cognita, permitti poterit aliam ducere vel nubere.* Id enim de eo, quod statim fieri possit, intelligendum. Noxia pars morae legibus praescriptae committitur. (9) Sed an ejusmodi Statutum non adversatur *ei*, quod diximus, adulterio matrimonium ipso jure tolli; non videtur. Respiciunt haec verba effectum novi matrimonii publicum; promulgationi enim nuptiarum magistratus, ut *supra* vidimus, animum advertere, et his quidem specialem causae cognitionem adhibere debent. Caeterum, si quis probationem adulterii uxoris liquidam in manibus habens, sponsalia nuptiasque cum alia contraxerit, hic non erit polygamus, modo antequam eas celebret, judicis consensum impetraverit; idque saepius usu venit, nec semel ita *consultus respondi.* De malitiosa desertione non est idem dicendum, quod ipso jure tollat matrimonium, quae cum fere tractum temporis habeat, atque ex animo derelinquentis colligenda sit, non habet terminos habiles immediatae nullitatis. Deserenti autem novae nuptiae non videntur esse negandae, ubi desertus vel deserta sese alii conjunxerit; nec prius ullo modo sine crimine polygamiae. Quia quod malitia desertionis dat causam divortio, non nisi in favorem derelictae, minime ut desertor liberetur, receptum esse, manifestum est. (10).

17. (i) Porro a causis divortii, de quibus adhuc actum, differunt causae nullitatis, quando commissum est aliquid contra essentialia matrimonii requisita, veluti cum ante competentem nuptiis aetatem matrimonium est contractum, aut per vim, dolum dantem causam, sine consensu patris, in cujus potestate sit is cave, qui duxit aut quae nupsit; denique si ratione sanguinis aut adfinitatis illicitum sit matrimonium; his enim casibus cum nec vir nec uxor, nec dos, nec matrimonium, sit, non opus esse rescindi, cum inde ab initio nihil actum sit, docet Justinianus *in §. pen. I. de Nupt.* et de his causis ad *tit. I. et ff. de Nuptiis* late satis actum est. Hoc solummodo notandum, posse aliquando rigorem nullitatis rescripto Principis ob exquisitas

(i) *Pos. 11. et 12.*

(9) *Sic accidit, ut ea quae sine justa causa est dimissa, deterioris conditionis sit quam ea, quae ex causa adulterii fuit dimissa: illa enim nunquam alii nubere poterit, haec post quinquennium, quod absurdum. Forte sectarii hanc sequelam non admittent: sed contendent, eam, quae injuste est dimissa, post tractum temporis posse alii nubere, propter malitiosam desertionem, per quam contendant vinculum matrimonii dissolvi. Sed jam observatum est vinculum matrimonii tunc tantum per desertionem tolli, dum infidelis deserit conjugem fidelem, de qua solo casu agit Apostolus* 1. ad Corinth. cap. 7. v. 12. et seqq. *Sed nec sic evitabitur haec absurda sequela; si enim uxor innocens propter immanem mariti saevitiam ab ejus thoro ac mensa separata fuerit, quamdiu ille maritus vivit, alteri nubere non poterit, ubi uxor propter crimen adulterii separata saltem post quinquennium alteri nubendi facultatem haberet.*

(10) *Fateor haec omnia sponte fluere ex falsis principiis jam pridem notatis: sed cum neutro casu vinculum matrimonii dissolvatur, neutro casu poterit alteruter, viva altera parte, sine crimine polygamiae se alii conjungere.*

aequitatis aut utilitatis publicae causas mitigari; maxime propter temporis diuturnitatem, statumque liberorum, ut notabiliter exemplo a Marco et Lucio Imperatoribus est demonstratum, in *l.* 57. §. 1. *de Rit. Nupt.* Inter causas vero nullitatis referendam esse mariti impotentiam, *supra* dictum est ad *tit. de Ritu. Nupt.* quibus heic nihil opus est, nisi quod ad executionem, quae similis est divortio, pertinet, quando et Justinianus repudium vocat, quod ex hac causa instituitur in *l.* 10. *C. de Repud.* ubi conceditur executio bujus causae, si maritus ab initio matrimonii per *duos annos continuos uxori minime coire potuerit*, sed hodie triennii patientiam exercere debet, ejusdem Justiniani constitutione *in Nov.* 22. c. 6. *et Auth. sed hodie C. d. tit.* Impotentia superveniens post inchoatum matrimonium patienter toleranda, nec separationi quidem habitationis justam causam praebet, ut ubique servatur, et testatur Carpz. *lib.* 2. *Jurispr. Consist. Def.* 200. *et* 203. Postremo potest heic quaeri, an sicut mulier triennium expectare cogitur, eadem patientia Viro prestanda sit, forte si tam arcta sit mulier, ut mulier fieri nequeat, quemadmodum loquitur *l.* 14. §. 7. *de Ædil. Ed.* Non videtur.

SCHOLION.

Sed poterit citius liberari a tali conjugia, quia nimirum, ut Imperator dicit d. Nov. 22. cap. 6. *exempla non defuerunt, impotentiam in marito cessasse, quod de arcta sperari non potest.* Conf. Carpz. d. l. def. 201. *Idem tamen etiam mulieri concedendum erat, ut triennium non cogatur expectare, si vir ob excessum in quantitate ad congressum sit inhabilis.*

18. (k) Vulgata hujus loci quaestio est, si corrupta pro virgine ab ignorante ducta sit (scienti enim nulla querela) utrum haec sit nullitas, vel an divortio sit locus, an neutrum. Non esse nullitatem, quia cum vitiata aeque omni ex parte quam cum integra, matrimonium consistere potest, haud dubie statuendum, idque contra Treutlerum, aliosque facile probat Bachovius *vol.* 2. *disp.* 6. *th.* 6. *lit. E.* Super divortio summa quoque varietate disputatur. Pro divortio frequens usus est temporum, teste Carpzovio *Jurispr. Consistori. lib.* 2. *tit.* 11. *def.* 193. *et sequ.* Proque ex sententia militat cum jus divinum, *Deut.* 22. *v.* 21. et canonicum, c. 29. *Qu.* 1. *in fin.* tum ratio, quod sciens talem non praesumitur fuisse ducturus. *Nihil enim magis*, inquit Leo Caesar hac ipsa de re, *matrimonio adversatur, quod opinio, non veritas copulavit. Nov.* 93. Wissenbachius noster *ad tit. de Sponsal. th.* 3. inclinat in distinctionem Harmenopuli et Patricii Graecorum, ut si mox ab initio vir dedecus sponsae detexerit, τῷ καιρῷ τοῦ γάμου, *in ipso tempore Nuptiarum*, ἐν αὐτῇ τῇ νυκτὶ *in ipsa nocte prima*, sit viro potestas repudiandi, postea vero οὐκ ἔχει, ajunt, ἐξουσίαν ἐκδιώκειν τὴν γυναῖκα, *non habet jus expellendi mulierem.* Cui sententiae dedit occasionem id, quod in *Deuteronomio* legitur *d. cap.* 22. Eo quoque respexi in responso, quod retuli in *Jurispr. hodierna lib.* 1. *c.* 6. *n.* 10. Civis Franekeranus duxerat uxorem, forma, ingenio et moribus, ut videbatur, minime vulgarem, quae post dies *unum et sexaginta supra centum* a nuptiis contractis, peperat infantem perfectum et validum. Persuaserant viro bono, mulier, obstetrix et amor, non esse hoc praeter naturam, donec cognati secus inculcarent, qui et repudium urgebant, contra quod ipse, si modo infantem, uxore retenta, agnoscere non cogeretur, emollitus erat. Consultus respondi, de infante nihil esse dubii, cum dies *viginti duo* ab his, qui Legibus requiruntur, deficerent, secundum ea, quae diximus ad *tit. ff. De Statu Hominum. n.* 4. *Part. II. pag.* 65. Divortium vix esse, ut post tanti temporis spatium impetrare posse videretur. Duas enim minimeque plures divortii causas, probant Ecclesiae reformatae, quas habuimus, adulterium et desertionem malignam; ab adulterio autem hujusmodi stuprum procul abeat, ut laudatus etiam Harmenopulus scribit, ἀνάγκη λύεσθαι τὸν γάμον, μὴ καταχρινομένης γυναικὸς ἐπὶ μοιχείᾳ, διὰ τὸ πρὸ τοῦ γάμου πεπλημμελῆσθαι τὸ ἁμάρτημα. *Matrimonium quidem solvitur, sed adulterii mulier non tenetur, quia peccavit, ante matrimonium. lib.* 60. *tit.* 37. *in fin.* Secundum haec in nostra positione *ult. ad h. t.* scripsimus, esse locum divortio, si ante copulam vel statim post eam detectum sit vitium, non aeque si conjugium sit inveteratum. De sponsalibus equidem, sive de contractu matrimonii, siquidem eo necdum impleto detecta sit turpitudo, parum credo fore difficultatis; quando et Josephus justitiae laudatur, quod sponsam ἐν γαστρὶ ἔχουσαν, *praegnantem*, clam derelinquendam putaret, *Matth.* 1. Quid post celebrationem publicam, et juxta, vel statim a concubitu, servaretur apud nos, vix ausim adfirmare; dies. citius sane ejicitur, quam non admittitur hospes. Lex Mosaica, quae mortem infligit mulieri, ob stuprum antecedens domi patris admissum, hodie non obtinet. Notas etiam laesae virginitatis non esse certas, satis constat, ut actus *prima nocte e lecto exiliendi*, de quo Harmenopulus *d. loco*, inter homines cordatos usum fidemque non

(k) *Pos.* 13.

inveniret. Magis igitur est, ut si cui tale quid post Nuptias innotuerit, is forti animo suum malum ferre debeat; (11) quemadmodum, si nobilem, divitem, sanam, modestam opinatus, quaedam vel omnia secus experiatur. Jure canonico, cujus in hac materia non levis, etiam apud Protestantes, auctoritas, praecedentia stupra nuptias non rescindunt, ne sponsalia quidem, utique de praesenti quae vocant. *c.* 25. *X. de Jurejur. et c.* 1. *c.* 29. *qu.* 1. De mariti stupris antecedentibus nulla movatur quaestio, neque valet heic argumentum a Wesenbecio *ad tit. de Nupt. n.* 8. *ex Rubr. Quod quisque jur. in alt.* Hactenus enim longe dispar est ratio mulierum, quam virorum, ut nemini obscurum esse potest; Etsi durante matrimonio, *Lex eadem, quae uxori, sit viro.*

19. Hactenus de vero divortio. Est et aliud instar divortii, quod jure canonico est unicum, *cap.* 2. *et t. t. X. de Divort.* Dicitur, a thoro ac mensa; * cujus causa praecipua, saevitia immanis mariti, aut protervia intolerabilis uxoris, vel etiam hujus insidiae contra viri incolumitatem; denique, si, quod plerumque accidit, uterque sit in culpa inimicitiae atrocis odiique irreconciliabilis, Carpz. *Jurisp. Consist. lib.* 2. *tit.* 11. *def.* 189. *def.* 192. *et seq.* non aliter tamen quam causa cognita, tentatisque prius omnibus remediis suadendi et compellendi. Saepe enim usu venit ut mulieres instituant, sicut in *Menaechmis Plauti* matrona:

Pater vivere hic non possum neque durare ullo modo,
Proin tu me hinc abducas.

Ut tamen examinatis causis, ut illic, tales minime reperiantur. Quamvis etiam uterque conjux segregationem petat, non nisi causa cognita permitti debet. Ideo rejecta fuit petitio conjugum, qui Supremae Curiae libello supplice declarabant, se non posse una vivere, separatione opus sibi esse a mensa et thoro, nec posse aliter; ita ad libellum supplicem cujusdam *Take Eelkos*, et *Eefke Folkerts. d.* 1. *Jul.* 1680. Quod si abunde constet, de inimicitia capitali, de remediis irritis, nec alius detur exitus, pro extremo remedio non gravatur Curia nostra, ad petitionem utriusque conjugis, in hoc solo conspirantium, concedere separationem, spe reconciliationis hac via procurandae. Ita par hominum notabile in hac civitate decreto Curiae ad ipsorum supplicationem vidimus separatum; postquam civilis et ecclesiastica in illos censura fatigata, omniaque tentata remedia in irritum cesserant; cum prius quoque privatim in separationem consensissent, eamque chirographo obsignassent, quo fidem dabant, nunquam redituros in unum, licet extrema alterius paupertate vel miseria, ut mortem funestissimam ambo praeoptarent, neque tamen non redierant, successu perverso, ut fere id genus ingenia se habent ἀνάπαλιν. Ubi res ita constat, non opus est singula in judicio discuti: quae dedecore et homines et matrimonii secreta cumulare solent. Ideo bene Alcibiades uxorem, apud populum contra virum domestica declamantem, brachiis suis sublatam domum deportavit. Accommodemus huc Ovidii versiculos *de Remed. am.* 2.

Tutius est aptumque magis discedere pace,
Quam petere a thalamis litigiosa fora.
Nec causas aperi, quare divortia malis,
Nec dic quid doleas, clam tamen usque dole.

Quod si alter sine judicis auctoritate secesserit, quid tum ratione redituum et alimentorum juris sit, dicere occupavimus ad *tit. ff. Pro Soc. part. praeced. pag.* 481. *seq.*

20. De morte nihil opus est monere, per eam solvi matrimonium. Verum si maritus procul et diu absit, neque constet, utrum sit mortuus, an vivat, si mulier nova conditione potiri possit, et cupiat, molestae quaestionis est, an permitti possit; idque saepe in his regionibus ob longinquas navigationes usu venit. Quam difficilis explicatu visa sit haec propositio Caesaribus, loquuntur textus juris. Nam Constantinus quadriennio elapso, mulieri, quae nullum sospitatis viri indicium habere potuit, alias nuptias permisit in *l.* 7. *C. de Repud.* jam antea, quinquennium fuerat definitum. *l.* 6. *de Divort.* Justinianus

(11) *Recte, quod Auctor tandem admittat divortio hic locum non esse, non magis, quam si nobilem, divitem, sanam, modestam opinatus, omnia secus experiretur. Nec distinguendum hic utrum conjugium sit inveteratum nec ne, utrum ante vel statim post copulam detectum sit vitium, sufficit enim matrimonium contractum fuisse, nec propter detectum in conjuge vitium ejus vinculum solvatur. Idem velle jus canonicum, jam Auctor probat, tantum abest ut pro contraria sententia militet. Nec pro contraria sententia facit jus divinum* Deut. cap. 22. v. 21. *nam lex Mosaica ob stuprum antecedens domi patris admissum non divortium decernebat, sed mortem mulieri infligebat, quae lex hodie non obtinet.*

* Haec, cum ad tempus tantum fiat, et secuta reconciliatione iterum cesset, non adimit apud nos etiam conjugi nocenti, id est ei, qui separationi causam dedit, jus successionis statutariae in bona conjugis defuncti. Moller. *P.* 3. *Const. El.* 36. *n.* 3. ibique Carpz. *def.* 15. Id. *Jur. Cons. l.* 2. *def.* 215. atque ita *resp. Fac. Jur. Lips. Mens. Febr.* 1712. Dissent Berl. *P.* 3. *Concl.* 36. *n.* 28. Brunn. *Jur. Eccl. l.* 2. *c.* 17. §. 32. Caeterum, non nisi Magistratus auctoritate hujusmodi separatio suscipi potest, si enim privato Conjugum arbitrio et conventione facta sit, utrosque carcere coerceri jubet *Ord. d. Matr. d. punct.* 3. §. *Wurden.* donec se invicem in matrimonium recipiant. Conf. Carpz. *Jur. Cons. l.* 8. *def.* 211.

tandem ad decennium tempus produxerat. *Nov.* 22. *c.* 4. Sed postremo, quantocunque tempore vir desideretur, mulier sustinere debet, nisi ille, sub quo militat, responderit, eum vere esse mortuum, idque apud acta judicii cum jurejurando deponatur: non ut dux, sub quo stipendia facit, juret, sed is, qui illum rogavit. *Auth. Hodie. C. de Repud.* ex *N.* 117. *c.* 11. Responso ducis aequipollent hodierni apud societates navigationum Indicarum catalogi publici viventium et mortuorum. His non bene convenit, quod Wissenbachius noster ad *h. tit.* habet *th.* 14. ubi, postquam haec ipsa tradiderat. *Deficientibus*, inquit, *probationibus, post exactum certum annorum numerum, peractumque edictorum, citationum, denunciationumque ordinem, si non revertatur maritus, non dubitamus cum Paulo pronunciare: non esse servituti subjectum fratrem etc.* Haec malitiosae desertioni conveniunt; sed minime casu, quo probationes deficiunt, usu veniunt. Tunc enim mulieris est, omni modo et *quantiscunque annis* abstinere. *d. Auth.* Vide tamen et applica sis, ad hanc speciem, quod habuimus ad *tit. De Probat. et Praesumpt. num.* 19.

TIT. III.

SOLUTO MATRIMONIO DOS QUEMADMODUM PETATUR.

I. An et quando soluto matrimonio dos repeti possit. II. Qualis actio detur mulieri. III Muliere mortua, quid juris in dote adventitia. IV. Quid in dote profectitia. V. Quid maritus mulieri restituere debeat. VI Quando cesset repetitio dotis et donat. ante nupt. *VII. Beneficia Mariti respectu hujus actionis. VIII. An soluto matrimonio Dos promissa a marito post mortem liberorum peti possit. IX. Exceptio dotis cautae, non numeratae. X. Usus earum rerum. XI. An et ad qualem dotem hodie stuprator teneatur.*

(a) Dotium usu minus hodie frequente, non esse tantum hujus tituli, quam olim fuit, his temporibus usum, facile praesumetur. Non potest tamen neque debet ejus expositio negligi; etsi minore digrediendi vel proprias ex usu rerum observationes et exempla proferendi occasione, licebit nobis esse brevioribus. Rubrica significat, heic agi de repetenda dote soluto matrimonio; namque eo consistente, repeti non posse dotem, pro ejus sustentatione datam, res ipsa loquitur. Excepto casu manifesti periculi, ne mulier indotata fiat, quod accidit per inopiam mariti eo redacti, ut ejus bona doti reddendae non sufficiant, *l.* 24. *pr. h. t l.* 29. *C. de Jur. dot.* idque licet antea viri inopiam non ignoraverit, ut videtur, et defendit Bartolus, eumque post alios secutus Wissenbachius ad *l.* 29. *C. de Jur. Dot.* quia summa ratio, ne mulieres indotatae fiant, *l.* 1. *h. l.* 2. *de Jur. Dot.* validior est, quam quod quisque facilitatis suae poenam ferre debeat, *l.* 3. §. *ult. Ut in poss. Legat.* E ratione praedicta sequitur, maritum, oblato fidejussore, restitutionem intempestivam dotis evitare posse, *d. l.* 24. §. 2. etsi dissentiant D. Wissenbach. *ad h. tit. th.* 1. *et ad d. l* 29. Quin etiam marito ad bonam copiam reverso, dotem ultro esse restituendam, vult ratio. *L.* 1. §. 1. *de Munor. et honor.* Gail. 2. *obs.* 85. Wissenb. *d. th.* 2. *in fin.* Eadem dotis amittendae ratio vult, repetitionem esse dandam, si maritus sit deportatus. *l.* 1. *C. de Repud.* Denique, si maritus ultro dotem, constante matrimonio, reddere velit, non potest, quia donatio foret, *l. un. C. Si dos const. matrim. sol.* nisi fiat ob causas alimentorum similesque valde necessarias *l.* 73. §. 1. *de Jur. Dot.*

2. (b) Soluto matrimonio, dabatur olim actio rei uxoriae, id est dotis, quae erat bonae fidei; sed pro illa Justiniano placuit actio ex stipulatu, quam suo arbitratu admodum singulari jure constituit. *in l. un C. de Rei ux. act.* Nam primo datur et dicitur ex stipulatu haec actio, licet inutilis aut nulla stipulatio interposita sit. *d. l. un. in pr.* Eadem est bonae fidei, licet omnis ex stipulatu actio sit stricti juris §. 2. Habet denique tacitam hypothecam et privilegium, de quibus notum quod satis est, ad *tit. Quib. ex caus. pign. tac. et Qui pot. in pign* Datur autem haec actio mulieri matrimonio superstiti, aut aliis ex pacto, contra maritum, vel ejus haeredes. Mulieri datur, sive divortio, seu morte mariti rupta sit copula, quamvis ipsa non dederit dotem, sed pater, avus, aut extraneus, tametsi mulier ab eo sit exheredata. *d. l. un.* §. *videamus.* 11. Nam hoc ipso quod dos est data, jus ejus mulieri adquisitum est. *l.* 7. *de Pact. Dot l. et l.* 7.

(a) *Pos.* 7. (b) *Pos.* 1. *et seqq.*

C. h. t. Si tamen filia adhuc in potestate sit, (quod hoc seculo in vidua non habet facultatem) pater actionem instituit filia consentiente, vel, haec, sub cautione ratihabitionis paternae. *l.* 22. §. 4. *in fin. et* §. 5. *h. t. l.* 34. §. 5. *de Legat.* 2. *d. l.* 7. *C h. t.* Emancipata igitur, et hodie quaelibet nupta dotem sola repetit. *dd. ll.* Scilicet, vel res ipsas vel aestimationem, si dos aestimata fuerit, *l.* 5. *et l.* 10. *C. de Jur. Dot.* cum fructibus rerum ipsarum post finem matrimonii perceptis; ultimi anni fructibus pro rata temporis dividendis, *d. l. un.* §. *cumque* 9. juxta *l.* 6. *l.* 7. §. 1. (1) de qua videatur Wissenbach ad *h. tit. th.* 20. *l.* 11. *et l.* 31. §. *ult. h. t.* Contra tertium habet mulier rei vindicationem, ut dominα, vel hypothecariam, pro hypothesi qua vir dominus statuitur. Ita enim fluctuantem vides Imperatorem in famosa *l.* 30. *C. de jur. dot.*

3. (c) Muliere mortua, dos adventitia manebat olim penes maritum, ejusque lucro cedebat. Ulpian. *fragm. tit.* 6. §. *adventitia* 5. *l. ult.* §. *pen. Ut legat. nom. cav.* nisi vir uxoris mortem vindicare neglexisset, tum enim in fiscum redigebatur. *l.* 20. *et sequ. de His, quae ut indign. l.* 27. *de jur. Fisc.* Quanquam si vir ipse eam occidisset, ad haeredes uxoris pertinebat. *l.* 10. §. 1. *h. t.* Cur tam varie? Quia hoc casu vir dotem plane non adquirebat, ideoque nec a fisco ob ejus delictum publicari poterat. Sed priore casu dotem prius adquisiverat. Constat etiam, si dotis dator pactus esset, eam sibi restitui, idque in continenti, ad hunc reverti dotem; sed pactum ex intervallo, dote jam mulieri quaesita, non aliter valebat, quam si haec consensisset. *l.* 7. *de pact. dot. l.* 20. §. 1. *eod.* Jure novo dos adventitia ad haeredes mulieris, nisi aliter convenerit, pertinet. *d. l. un.* §. 6. Et cum promissiones quoque jus ad haeredes transitorium pariant, dos promissa similiter ab haerede mulieris peti poterit, nisi jure vel pacto dos soluto matrimonio ad promittentem reverti debuerit, per *d.* §. 6. quo pertinet, quod Sandius tradit. *lib.* 2. *tit.* 2. *def.* 6. *in pr.*

4. De dote profectitia, muliere mortua, doctrina juris antiqui fuit, eam reverti ad patrem, vel avum paternum; *jure succursum est patri, ut filia amissa, solatii loco cederet, si redderetur ei dos ab ipso profecta, ne et filiae amissae et pecuniae damnum sentiret. l.* 6. *in pr. de jur. Dot.* Alibi, *Pater profectitiam Dotem potuit petere, si filia constante matrimonio decessisset. l.* 5. *de Divort.* Ad virum autem non pertinebat ejusmodi dos, uxore mortua. Jus hoc patri competebat, eoque casu dos ad haeredes transmitti non poterat, nec adeo ad liberos, nisi vi pacti, *l.* 26. *pr. de jur. dot.* cujusmodi pactum tacite initum intelligitur, si convenerit, ut *in matrimonio sine liberis defuncta filia, dos retineatur, d. l.* 26. §. 2. quamvis aliter D. Wissenbach. ad *h. t. th.* 17. *vers. objicio. d. l. Inter socer.* Absque pacto, pater qui dotem dedit, eam recuperat etsi liberi supersint, inquam. *dd. ll.* Durius hoc videtur, cum dos data filiae dicatur illi adquisita, *l.* 7. *de pact. dotal.* eam ad liberos non transire. Quae res facit, ut quamvis in puncto juris, quod ajunt, verius sit quod posuimus, idque pars major Interpp. statuat, in Foro tamen diversum obtinuerit, ut refert Sandius *lib.* 2. *tit.* 2. *def.* 5. quam et Schotanus, qui libenter usum fori cum legibus componit, sequitur in *exam. ad h. tit.* Ad rationes, quibus haec pars nititur, facile respondet Wissenbachius auster ad *h. tit. th.* 17. nisi quod ad legem 26. §. 2. *de pact. dot.* nos aliter modo respondimus Ad *l.* 40. *h. t.* respondet D. Wissenbach per emendationem Cujacianam ex Basilicis. Si quis a Florentina recedendum non putet, is videat, an hoc modo respondere liceat. *Post dotem datam, et nuptias contractas, stipulatus est pater, filiae voluntate, divortio facto dotem dari.* Dos eo casu filiae adquisita fuerat, ut in casu divortii ad illam reverti deberet: *l.* 7. *de Pact. dotal.* Consensit tamen pater, ne divortio facto dos ad se rediret; sed maternus affectus dictat, eam noluisse patrimonium suum abjicere, in praejudicium liberorum. Ergo, *si conditio stipulationis impleatur*, divortio

(c) *Pos.* 8. *et seqq.*

(1) *Si cum Cujacio in* l. 7. §. 1. h. t. *ponamus ex vindemia redacta fuisse* 24., *et mercedem locationis esse* 12., *dicerem, marito in ea specie relinquenda esse* 4. *cum una tertia, sive tertiam partem* 13. *Etenim si per annum integrum stetisset matrimonium, habuisset* 13. *scilicet* 2. *pro uno mense vindemiae, et* 11. *pro* 11. *mensibus locationis: jam autem matrimonium erit per unam tertiam istius anni, adeoque debet habere tertiam partem* 13. *Et haec sententia optime convenit verbis JCti, dum ait:* vindemiae fructus, *id est* 2., *non* 24. (*aliud enim JCto sunt integri* fructus, *aliud* vindemiae fructus) *et* quarta portio mercedis instantis anni, *id est*, 3. confundi debebunt, ut ex ea pecunia, *id est ex illis* 5. tertia portio, *fructuum anni matrimonialis* scilicet, viro relinquatur. *Non enim his verbis ait marito tantum relinquendam esse tertiam partem* 5., *tunc enim non dixisset ex ea pecunia tertiam portionem esse relinquendam, sed dixisset, hujus pecuniae tertiam partem relinquendam esse. Proinde ex illis* 5. *marito debet relinqui tertia pars fructuum anni matrimonialis, qui unus est, licet incidat in duos annos fructuum, et sic in supposita maritus ex illis* 5. *retinebit* 4. *cum una tertia.*

secuto, et pater statim agere velit, *exceptione summovendus erit*, ut in fine Legis, in favorem liberorum, qui extant vel extare possint, et quos filia tacite excepisse videtur. Verum *si postea mulier sine liberis decesserit, non erit impediendus pater, quominus ex stipulatu agat.* Quid valeat praesumptus amor liberorum, in ambiguis conventionum ultimarumque voluntatum interpretamentis, undique constat, et docet *l.* 102. *de C. et D.* idem in hac materia *d. lex* 26. §. 2.

5. Quid restituere debeat maritus uxori, ex natura rerum, quae datae sunt in dotem, existimandum. Si dos sit aestimata, quantitas aestimationis reddenda, *l.* 5. *et l.* 10. *C. de jur. Dot.* nisi aestimatio taxandi causa fiat duntaxat, hoc autem agatur, ut res ipsae restituantur, quod fieri videmus in *l.* 69. §. *cum res.* 7. *de jur. Dot.* etiam ut optio detur alterutri. *l.* 10. §. *ult. eod. tit.* Si vero species sint datae, maritus quod inde superest reddit, neque de periculo, si res attritae vel diminutae sint, aut perierint, tenetur. *l.* 10. *eod. tit.* Res etiam immobiles, adeoque fundos restituit, ita ut finito matrimonio existunt, nec, si deteriores sint, tenetur, si modo dolus et culpa abfuerint. Veluti in fundis habentibus lapidicinas aliasve fodinas, vir excisum marmor adquirit, *l.* 7. §. *si vir.* 13. *et seqq. h. t.* quod si lapis renascatur, marmor est in fructu, et si fundus melior sit factus, impensas quoque recuperat maritus. *l. ult. de Fund. dot.* Hinc etiam, quando ususfructus specialiter in dotem datus est, vir fructus percipit, et finito matrimonio, usumfructum, sicut est, non fructus perceptos restituit. *l.* 7. §. 2. *de jur. dot.* Atque ita jus illorum locorum satis intricatum, accipi posse videtur. Unde liquet, plus juris habere maritum in dote, cujus sit dominus, quam jure societatis in rebus ab uxore simpliciter illatis, quemadmodum probavimus ad *tit. pro Socio. n.* 9. *et* 10. *part. praeced. pag.* 478. *et seq.* ubi tamen quod de reditibus censuis et de usufructu diximus, ex ratione juris, ut nobis videtur, plerisque in foro non probari, indicavimus: qui volunt, reditus annuos ad vitam, et fructus ex usufructu cedere communioni, nec quidquam inde finito matrimonio reverti; ac ita post nostrum e Foro discessum ab Amplissimo Senatu judicatum intelleximus, in *causa Johannis Balk* M. D. *Requirentis, contra haeredes Remeri Antonii, Requisitos. d.* 27. *Mart.* 1683.

6. (d) Amittitur jus mulieris in petenda dote, per adulterium, adde sis, malitiosam desertionem; et juxta dotem, maritus, liberis deficientibus, ex reliquis ejus bonis lucrator summam, quae tertiam dotis partem aequat: liberis autem existentibus, et dos et reliqua bona servantur. Per mariti adulterium, uxor donationem ante nuptias lucratur, quae una cum reliquis bonis cedit ejus liberis, aut illis deficientibus, uxori jure proprietatis. Sed non capit tertiam donationis partem ex reliquis mariti bonis, ut virum ex illius bonis capere diximus, verum hujus caetera bona per adulterium in Fiscum rediguntur. *Nov.* 117. *c.* 8. *et* 9. Quod de osculo quaerit hac parte Wissenb. *th.* 22. nostris moribus non meretur examen. Sed de vidua, quae intra annum luctus stupro se polluit, notandum heic loci, illam perdere donationem propter nuptias, si Statuto vel pacto apud illam remanserit, *Nov.* 39. *cap. ult.* et praeterea patitur easdem poenas, quae infliguntur mulieri intra annum luctus ad secundas nuptias transvolanti, *d. N.* quas *supra* habuimus ex *l.* 1. *et* 2. *C. de Secund. Nupt.*

7. (e) Conventus super dote maritus, habet duplex Legis beneficium. Primum est, quod res mobiles (immobilibus statim restituendis) et incorporales, non nisi post annum restituere cogatur, atque deinceps ad usuras teneatur. *d. l. un.* §. 7. Nescio, unde Wissenbachius noster ipsius anni, quod marito indulgetur, fructus ad uxorem pertinere contendat, Fachinaeum laudans et Zasium *th.* 21. *h. t.* Rectius, ni fallor, Tuldenus tenet contrarium, nec id obscure e *d.* §. 7. colligitur. Est autem hoc qualecunque beneficium in loco annuae, bimae, trimae diei, quibus olim discretae dilataeque erant pensiones dotis. *d.* §. 7. Alterum mariti beneficium est, quod non teneatur ultra quam facere potest, hoc est, ne egeat. *l.* 12. *et seq. h. t.* Cui non renunciare potest, quia contra bonos mores esse videtur, ut maritus ab uxore nudus prostituatur. *l.* 14. §. 1. *h. t.* Socer etiam, quando a nuru convenitur, ad dotem ab illo susceptam restituendam, gaudet eodem beneficio. *l.* 17. *in pr. h. t.* Non aeque socer a genero conventus ad promissam dotem praestandam, soluto matrimonio, casu quo ad virum pertinet; secus, si tempore matrimonii contra socerum agatur. *l.* 21 *et l.* 22. *de Re Judic. juncta l. pen. de jur. Dot.*

8. Non prohibetur igitur gener a socero dotem promissam petere, soluto matrimonio, si modo ad eum finito matrimonio non sit reversura. *d. l.* 22. *et l. pen.* Consequenter, si ad liberos defunctae mulieris dos pertineat, ut hodie ad illos pertinet, pater pro illis, aut ipsi dotem a socero vel ab eo recte petunt. *l.* 26. §. 2. *de Pact. Dot.* Sandius tamen 2. 2. 6. in diversum inclinat, super hac specie: *Titius*

(d) *Pos.* 15. *et* 16. (e) *Pos.* 14.

Filiae suae Gajo nuptam et moribundam promiserat, se ei dotis nomine tantumdem daturum, quantum filiae suae natu majori dedisset. Filia decessit relicto filio. Non vocat in dubium Sandius, quin filio isti Dos promissa deberetur. *Sed filius ille paulo post etiam in humanis esse desiit*, haerede patre. Quod filio isti fuerat quaesitum jus, hoc ad patrem ejus haeredem omnino pertinere videbatur. Sandius tamen contra statuit secutus Tessaurum et Barbosam, idque hac ratione; quod jure civili dos profectitia ad patrem, qui dedit, muliere defuncta, redeat: hodie quidem secus esse receptum, at hoc, ut novum jus, esse restringendum ad dotem datam, et in promissa dote jure antiquo standum. Sed haec distinctio multo minus coloris, quam prior sententia valoris habet; scil. jura liberis quaesita in patrem, ut haeredem, transire debuisse. Quibus accedit, quod pater moribundae filiae promittens, ad casum post mortem et ad haeredes inprimis spectasse videbatur. Hoc etiam movet non fuisse dotem illam proprie loquendo, quam pater filiae moribundae promitteret; quippe dos marito datur, ut supra ad *tit. de Jure Dotium* observatum. *l.* 5. §. 9. *de Jur. Dot. l. ult. C. de Dot. promiss.* Quando autem filiae datur a parente peculium matrimonii causa, haec est liberalitas, cui similem parentes filiis maribus nuptias contrahentibus dare solent, quae fit quidem nuptiarum causa, sed non est dos. Haec nunquam viris datur; at ista peculia viris aeque ac feminis dantur, eoque nomine vocatur, *Medegiste*, Frisiis *Uitburnsinge*, quasi dicas *Exfiliationem*, expositionem liberorum ad nuptias. Has pecunias a parentibus aliisve acceptas, vir novus et uxor conferunt in unum, et vocantur utrimque *Inbreng*, *Collata bona*, aliena a natura dotis; nec si dos vocentur, erunt dos; quin sermo noster non habet vocabulum, quo dos exprimatur, vox *Houvvelyks giste* vocabulum generale est, aeque ei, quod viris datur, inquam, ac quod feminis, conveniens. Ergo male Sandius a natura dotis profectitiae Romanensis, ad donationem, quam faciunt parentes suis liberis, ut in communionem matrimonii inferatur, qualis erat illa promissio, argumentatur. Quin jam fortius dicendum; quod pater ita se donare professus est filiae, id ipsi plene jure adquiri, et ad haeredes transire, licet necdum sit traditum; nedum ut dubitari fas sit, an quod a parentibus est traditum, ad liberos eorumque haeredes transmittatur, sicut in eam partem Sandius evidenter propendet. *d. lib.* 2. *tit.* 2. *def.* 6. Bene est, quod Curia secundum ejus rationes non judicavit, sed generum ideo repulit, quod promissionem a socero factam non satis probaverat, ut refert *in fine D. decis.* 6. Ex his velim suppleatur, aut corrigatur quod posuimus in *Jurispr. vernac. lib.* 1. *c.* 8. *n.* 23.

9. Postremo loco, si dos non data, sed promissa tantum, sive cauta sit, maritum scilicet, non teneri ad restituendum, satis indubitatum est. Quod si dotalibus instrumentis sit cautum, ut fit, dotem esse datam; conventus maritus habet exceptionem non numeratae pecuniae, intra annum a soluto matrimonio, si matrimonium non constiterit ultra biennium: si diutius manserit incolume conjugium, maritus exceptionem intra tres a finito conjugio menses opponere debet; nisi per decennium vixerint una conjuges, tum praesumptio juris et de jure, quod ajunt, est, dotem, quae soluta dicitur, revera fuisse praestitam. *l. ult. et Auth. seq. C. de Dot. caut. non num.* Quod si maritus non conveniatur, idem haud dubie faciendum, quod in exceptione non numeratae pecuniae, quae locum habet in mutuo, fieri solet; ut vel protestatio fiat de solutione non facta, vel conditio instrumenti, quo confessio dotis acceptae continetur, ut expositum est ad *tit. Inst. de Liter. Obligat. n.* 3.

10. Haec equidem in veris dotibus cur hodieque locum habere nequeant, causam non video, * et apud nos servabuntur, per ea, quae Sandius habet 2. 2. 5. Sed adsentior Groenewegio ad *d. tit. C. de Dot. caut. non num.* rarissime fieri ut obtineant, quia verae dotes admodum raro constituuntur. At quando mulieres petunt sua bona in communionem illata conjugalem, verius est, maritum, qui confessus es in instrumento, quid ab uxore acceperit, non habere exceptionem solutionis, vel traditionis non factae, quam non nisi in terminis Legis specialiter expressis dari, constat. Non habebit hic etiam locum dilatio annalis, in rebus mobilibus restituendis, quam in dote vidimus. Sed beneficium, ne maritus teneatur ultra quam facere possit, etiam in rebus paraphernis habet locum, quia maritus generaliter in quovis contractu habet hoc beneficium, *l.* 20. *de Re Judic.* haeredes mariti non habere idem beneficium, constat ex *l.* 15. §. 1. *h. t.* Sed vide quae de exitu societatis conjugalis, et repetitione rerum ab altero conjugum illatarum diximus ad *tit. D. pro Socio. sub fin.*

* Apud nos ex iis, quae de successione mariti supra *P. I. p.* 293. monita sunt, facile potest constare, dotem, sive profectitiam sive adventitiam, uxore mortua non ad ejus haeredes reverti, si in mobilibus consistat, sed salva tamen liberorum et parentum legitima, marito cedere. add. Zobel. *P.* 3. *diff.* 9. 11. 12. Carpz. *P.* 3. *C.* 11. *def.* 31.

11. Pro COROLLARIO materiae dotalis, addere placet, esse quoddam genus dotis necessariae, sine matrimonio; quando stuprator virginis, qui habet electionem, ut ducat aut dotet, ex *Cap.* 1. *X de Adult.* quod universali consuetudine receptum esse, testis est Sandius 2. 1. 10. et Groeneweg. ad *tit. I. de Publ. Jud.* §. 4. *n.* 14. aliique illic citati auctores: quando is, inquam, dotare mavult. Sed de quantitate dotis illius quaeritur. Plus dandum videbatur inopi, quam locupleti, sed contra instituitur. Nam quia mulier omnia sua bona in dotem dare potest, ut *supra* intelleximus, hinc stuprator tantum dotis dare cogitur, non modo quantum pater ultro ei dedisset, sed omnino quantum ipsa in bonis habet, ut Statutis Frisiae cautum *l.* 2. *tit.* 11. *n.* 2. Sand. *def.* 10. *fin.* ubi aliquando etiam computatam fuisse haereditatem expectatam parentum narrat; quod postea displicuerit, ob incertitudinem futurae successionis. Ejus loco deinde computata fuere, juxta bona, quae in praesenti haberet, id quod parentes ei in dotem dare possent, aut pridem aliis liberis dedissent, ut servatum in causa *Foppii N. cum filia, contra Pierium Dyes ante magnas ferias* 1629. idque deinde servatum. Inter bona praesentia tamen non est computata donatio, quam matertera corruptae virginis ei fecerat, forte quod augendae doti adfectata videretur, in causa *Annae Johannis, contra Annaeum Veltriol. d.* 20. *Decemb.* 1625. Cur alioqui bona donata, si fraus absit, non aeque ad calculum totius patrimonii accedere possent, ratio nulla videtur. Caeterum viduae, licet honestae, constupratae, non deberi hoc augmentum, plerique statuunt Interpp. et nostra Statuta nominatim de virgine loquuntur *lib.* 1. *tit.* 4. *in pr.* Sandius *d. loco.* An concubinae, quae domestica consuetudine pro uxore habetur, idem debeatur, decisum non reperio. Videtur tamen, si virgo fuerit et expulsa, deberi. Suffragatur Statuti nostri Rubrica quarta *lib.* 1. *De Concubinis*, ubi mox de illa dote subjicitur. Opp. Concubinae moribus christianis, major est turpitudo, quam puellae, cui semel obreptum. Adde, quod verba Statuti in tantum concipiuntur, *een Maegdeken defloreertien schendet*, non instatum vitae longiorem. Resp. Concubina primo fuit virgo, et deflorata est; nec additum est, semel an saepius. Si tamen virgo causam dedisset stupro, vel concubinatui, virumque seduxisset, non haberet jus petendi dotem, *d. tit.* §. *ult.* nec si pellex fuerit virgo. De polygamis nostri quoque statuerunt, si quis cum duabus matrimonium contraxerit et cum secunda quoque rem habuerit, ad hanc similiter dotandam tenetur. Quin etiam, si mulier idem commiserit, hac eadem mulcta adficitur, hoc est, viro tantum donativi matrimonialis dare cogitur, quantum vir mulieri ad dotandum dare cogeretur. *lib.* 2. *tit.* 12. *art.* 2.

LIB. XXV. TIT. I.

DE IMPENSIS IN RES DOTALES FACTIS.

I. Impensae quotuplices, et quae restituantur. II. Quo sensu necessariae Dotem ipso jure minuant. III. An detur condictio impensarum post restitutionem rerum. IV. An impensae restituantur ultra, quam res in eventu est melior. V. Usus hodiernus.

(a) In restituendis dotibus fiebant reputationes impensarum, quae ad perpetuam vel diuturnam rerum dotalium utilitatem pertinebant. *l* 4. *h. t.* Nam quaé ad praesentis anni usum vel ad fructus percipiendos spectant, cum fructibus compensantur, *d. l.* 3. ut et stipendia et tributa. *l.* 13. Quin nec modiosae impensae in reparandis aedibus propagandisque vineis eurantur, *l.* 12. quia maritus res dotales tueri suo sumptu debet. *l.* 15. Majores autem et durabiles impensae sunt vel necessariae, vel utiles, vel voluptuariae, discrimine et *alibi* commemorato.

2. (b) Necessariae sunt, sine quibus res durare non poterat. et de quibus neglectis maritus in id quod interest teneretur, *l.* 4. atque hae dotem minuere dicuntur, id est quantitatem ejus. Proinde si dos in quantitate consistat, sive pecunia ab initio data, sive res aestimatae fuerint, quantitas immediate fit tanto minor, quantum est impensum, *l.* 5. *in pr. h. l.* 1. §. 4. *de Dot. praeleg.* si vero in corporibus inaestimatis dos consistat, impensa tamen dotem minuebat, non singula corpora, sed universitatem ejus, ut maritus res dotis retinere possit, *d l.* 5. *et l.* 56. §. *f. de jur. dot.* nisi mulier intra annum impensas refudisset, ut *d. l.* 56. §. *ult.* quam limitationem adjecisse Tribonianum, censet Cujacius 23. *observ.* 12. Hanc igitur retentionem non sustulit Justinianus. *l. un.* §. 5. *de rei uxor. act.* Sed non videri esse retentionem, cum dos imminuta sit, interpretatus est Thomasius, atque in hanc rem adjecit sequens

Scholium

Dicit equidem Ulpianus in d. l. 5. *diminutionem dotis prorie in pecunia locum habere, nun in corporibus; in corporibus tamen propter impensas desinere fundum esse dotalem, vel totum, vel pro parte, atque adeo marito propterea competere detentionem, scilicet tanquam in re communi. Æmulus Ulpiani Paulus contra in* l. 56. §. 3. de Jure Dotium, *marito quidem jus retentionis concedit, sed non tanquam in re communi. Negat siquidem fundum propter impensas vel pro parte dotalem esse desinere. Caeterum, cum Imperator* in l. un. §. 5. C. de rei ux. act. *in genere dicat, propter impensas non concedi retentionem in dote, item necessarias ipso jure dotem minuere, magis videtur Ulpiani sententiae favisse quam Pauli. Aliter Doctores Paulum cum Ulpiano conciliant.* Vide Strauch. III. 15. Wisscob. h. t. th 2.

Responsio

Pauli et Ulpiani nomina Thomasio in continenti malum omen et ideam ingerunt antinumiae. Nihil opus esse eo recurrere, mox videbimus. Justiniani quae mens sit in d. l. un. §. 5. *dictum est.* superius.

N. Autt.

Judicet lector impartialis, an nomina Pauli et Ulpiani, an res ipsa summatim in Scholio indicata, antinomiam subesse persuserit mihi. Ita Ulpianus: Quod dicitur: necessarias impensas dotem minuere, sic erit accipiendum, (ut et Pomponius ait) non ut ipsae res corporaliter deminuantur, ut puta fundus vel quodcunque aliud corpus: etenim absurdum est deminutionem corporis fieri propter pecuniam. Caeterum haec res faciet desinere esse fundum dotalem vel partem ejus. Manebit igitur maritus in rerum detentione, doneo ei satisfiat, non enim ipso jure corporum, sed dotis fit diminutio. Ubi ergo admittimus deminutionem dotis ipso jure fieri? Ubi non sunt corpora, sed pecunia. Nam in pecunia ratio admittit deminutionem fieri. Proinde si aestimata corpora in dotem data sint, ipso jure dos deminuetur per impensas necessarias. Hoc de his impensis dictum est, quae in dotem ipsam factae sint, caeterum, si extrinsecus, non imminuent dotem. *Ita contra Paulus*: quod dicitur necessarias impensas ipso jure dotem minuere, non eo pertinet, ut si forte fundus in dote sit, desinat aliqua ex parte dotalis esse, sed, nisi impensa reddatur, aut pars fundi aut totus retineatur. Sed si tantum in fundum dotalem impensum sit per partes, quanti fundus est, desinere eum dotalem esse,

(a) *Pos.* 1. *et* 2. (b) *Pos.* 5. *et* 6.

Scaevola noster dicebat, nisi mulier sponte marito intra annum impensas obtulerit. Si pecunia et fundus in dote sint, et necessariae impensae in fundum factae, Nerva ait, dotem pecuniariam minui. Quid ergo, si mulier impensas marito solverit, utrum cessabit dos, an ex integro data videbitur; Cujus manifestior iniquitas in fundo est, secundum Scaevolae nostri sententiam, nam si desinit dotalis esse, poterit alienari. Rursus quemadmodum poterit fieri dotalis data pecunia? An jam pecunia in dote esse videbitur? Et magis est, ut ager in causam dotis revertatur, sed interim alienatio fundi prohibeatur.

Ratione utilium impensarum, Justinianus retentionem prohibuit, ejusque loco dedit actionem mandati, vel negotiorum gestorum, *l. un.* §. 5. *C. de rei uxor. act.*

3. (c) Condictionem impensarum, si dos a marito non deductis impensis *tradita sit*, non dari, scribit Cujacius 23. *obs.* 11. et ex eo Struvius *ex.* 30. *n.* 31. secundum ea quae habuimus ad *Inst. pag.* 128. Pleriqun sane eam hic negarunt. Sed Marcellus eam dedit et Marcelli Ulpianus sententiam propter aequitatem admittendam esse ait *in l.* 5. §. 2. *h.* Quia et utilium expensarum nomine dari exactionem, habetur in *l.* 7. *in fin. h. t.* item, de dote judicium propter impensas dari in *l.* 12. His verbis potius adducor ut fidem habeam, quam viris egregiis aude adfirmantibus contrarium. Nec alienus sim hinc etiam colligendi, caeteris bonae fidei possessoribus, ex aequitate dandam esse ejusmodi condictionem ex ipso jure civili, quae datur in dote. (1) Sunt autem utiles impensae, ut alias dictum, quae rem faciunt meliorem. *l.* 5. §. 3. *et l.* 6. Sed voluptuariae, quae tantum ornant speciem et voluptati serviunt; eaeque non pariunt actionem, ne quidem si volente muliere sint factae. *l.* 11. *h.* Verum a marito re illaesa tolli queunt; nisi mulier tollentem pati nolit, quo casu tenetur, scilicet, ad solvendum. *l.* 9. *d. l. un.* §. 5.

4. Caeterum, de impensis antehac intelleximus, eum, qui bona fide rei alienae impendit, dumtaxat repetere quatenus res est melior facta; si vero parva impensa res multo melior facta sit, tantum repetere quod impendit, ut probavimus ad *tit. de Rei Vind. num.* 10. *part. praeced. pag.* 283. *et seq.* Sandius *l.* 2. *tit.* 15. *Dec.* 4. An hoc etiam in dotalibus impensis servandum? De necessariis equidem non videtur, sed hae absolute repetuntur, quia dotem ipso jure minuunt, ac efficiunt, ut si tantum sit impensum per partes, quanti fundus est, desinat esse dotalis, *d. l.* §. 3. non ut alienari possit, sed ut maritus eum tantisper retinere queat, donec ei refusae sint impensae, *l.* 5. *in pr. h. t.* quod, ut dictum, non mutatur in *d. l. un.* nec contraria sunt in *d. l.* 56. *et l.* 5. secus ac modo Thomasius. Adde Wissenb. *h. th.* 2. De utilibus non est idem dicendum, nisi voluntate mulieris factae sint impensae. Absque ejus voluntate repetuntur equidem, si res vere per eas melior, hoc est, universitas dotis majoris pretii sit facta, *l.* 5. *h. t.* sub alia adhuc limitatione, si mulier aliunde habeat unde solvat; nec enim cogitur vendere fundum dotalem ad impensas utiles solvendas. *l.* 8. *h. t.*

4. Quod ad usum attinet hodiernum, quibus in locis et quos inter conjuges obtinet universalis bonorum communio, inter hos de impensis non posse quaeri, manifestum est. Sed quia plerumque inter eos qui sunt in facultatibus et consulto agunt, pactis dotalibus ab illa receditur, siquidem in totum id fiat, habent usum ea, quae *hoc tit.* traduntur. Si vero salva redituum et acquaestum communione fiat, ut apud nos ipso jure se res habet, *reparationes ac meliorationes factae in domo vel praedio unius conjugum, ut acquaestus, in communionem veniunt*, ait ex Charonda Sandius *l.* 2. *tit.* 5. *def.* 3. *Vers. Reparationes*; *quatenus scilicet. res tempore soluti matrimonii melior apparet*, addit Groenewegius ad *h. tit. in fin.* Adeo ut *quidquid maritus, sive nolente, sive volente uxore, constante matrimonio, sive bene sive male in res alterius impendit, communi conjugum damno cedat*, ait idem *paulo ante*, refertque ita in supremo Hollandiae Senatu judicatum esse ex Neostadio *de Pact. antenupt. obs.* 20. De utilibus impensis nihil refrager; de necessariis non puto recedendum a jure civili; illas indistincte esse computandas, ut dimidia pars alteri conjugi restituatur; in quibus etiam retentioni, sicut de dotalibus dictum, locus esse

(c) *Pos.* 3. *et* 4.

(1) *At haec aequitas nullum in jure civili fundamentum habet, ita ut Auctor ipse in parte* 1. lib. 2. tit. 1. n. 30. *ingenue fassus sit*, solide et ex juris ratione nullam constare actionem, *quod probavit ex* l. 33. de condict. indeb. *et ex* l. 14. de doli mali et met. except. *Nec ex eo quod marito, qui utiliter in rem dotalem impendit, actio detur ad impensas recuperandas, recte colliges, etiam bonae fidei possessori actionem competere, cum alia sit ratio mariti qui in rem dotalem impendit, alia sit ratio bonae fidei possessoris: maritus enim in rem suam impendit, eamque soluto matrimonio restituens, accipientis fecit, quod de bonae fidei possessore, rem domino restituente, dici nequit, ut Julianus observat in* l. 33. de condict. indeb.

potest; ut plane fundus uxorius per impensas necessarias fieri possit communis, sicut dotales eadem via desinere posse dotales esse, vidimus antea. Fundum haben uxorium superficie rustica, quae coloni erat, gravatum; hujus taxationem solvimus. Horreum labens instauravimus aliasque impensas fecimus necessarias tanti valoris, ut jam totus fundus pluris vendi nequeat se in eum est impensum; nec tamen omnibus illis impensis factis, tanti fundus est pretii, quanti initio matrimonii fuit, nec multo plus dimidis parte mercedis inde modo redigimus, quam percepimus antes. Numquid igitur perdidi impensas illas; uxor soluto matrimonio fundum suum auferet immunem? Minime eenseo, verum aut reddat dimidiam impensae partem oportet, aut fundus, ut nunc est, communis existimetur. *arg. d. l* 56. §. 3. *de jur. Dot. et l.* 5. *pr. h. t.* Simul id observetur; si lapsu temporum fiat, ut post impensas fundus in exitu matrimonii non sit pluris, quam fuit in principio, id impensarum repetitioni non praejudicare, quin res ut est in sese, emendata consideretur, et *melioratio* materialis, potius quam *formalis*, ut ita loquar, aestimetur.

TIT. II.

DE ACTIONE RERUM AMOTARUM.

I. Quid haec actio, et prima ejus proprietas. II. Secunda proprietas. III. Tertia. IV. Quatenus haeredi et in haeredem detur. V. Ad quid detur. VI. Quando cesset haec actio, et usus hodiernus.

(a) Divortiorum licentia peperit hunc, inter alia, fructum, seil rerum amovendarum insidias, quibus mulieres in animo habentes dissidium, aut brevi a marito sibi inculcatum iri, *Res Tuas tibi habeto*, dabant operam, ut non nisi rebus illius auetae dimitterentur. Ad quas repetendas datur actio rerum amotarum. Quae *soluto matrimonio conjugum uni datur adversus alterum, vel repetendas res quae ab altero constante matrimonio, divortii causa*, subtractae sunt. Verba definitionis tres suggerunt hujus actionis proprietates. Prima, quod solutum oporteat esse matrimonium, ut haec actio detur; adversus *eam, quae fuit uxor*, datur. *l.* 1. *h. t.* Quamvis enim uxor in rei veritate furtum marito facere possit, furti tamen actio non modo adversus eam cessat omnino *d. l.* 1. *et l.* 3. §. 2. sed ne haec quidem circumductas locutionis actio, quae neo infamis est, durante matrimonio datur, verum condictio simplex, in *l.* 25. *h.* aut in factum actio, *l.* 2. *C. h. t.* quae tamen et ipsa rerum amotarum dicitur, utilis, in *l. ult.* §. *ult. C. de Furt.*

2. (b) Secunda proprietas, *quod constante matrimonio res amotae esse debeant.* Nam si ante contractum matrimonium res sint amotae, furtum committitur, etsi ne tum quidem furti agatur, sed condictione tantum, *d. l.* 3. §. 2. *dum scilicet uxor est*, ut diserte habet textus. Post divortium vero, quominus furti agatur, de eo quod ante matrimonium vel post ejus exitum surripuit nihil obstat, opinor, etsi aliter alii. Nam Paulus ita inquit; *Si post divortium easdem res viri contrectet, etiam furti tenebitur. l.* 3. *in pr.* Dein § 2. subjicit: *sed et cum uxore, dum uxor est, furti agere possibile est, si ei cui haeredes sumus furtum fecit, vel nobis antequam nuberet, tamen propter reverentiam personarum, in utroque casu furtivam tantum condictionem competere, non etiam furti actionem, dicimus.* De his duobus casibus adversus uxorem, dum est talis, usu venientibus loquitur. De tertio nihil, quam quod de priore dixit, *furti tenebitur*, adfirmat; quod *alios* fefellit.

3. (c) Tertia proprietas hujus actionis; quod res amotas oporteat esse, *divortii causa. d. l.* 25. *Non modo si res lucrandi* animo detineat, sed etiam, si comederit, aut donaverit, modo divortii consilio, *d. l.* 3. §. 3. de quo animo si dubitetur, juramento adigi potest. *l.* 11. §. 1. *et* 2. *h.* Quod si morbo gravi, cum mulier de vita mariti desperasset, subreptis quibusdam rebus, abierit, vir, si convaluerit, utilem *amotarum* actionem habet, *l.* 21. *in pr. h.* viro mortuo, haeredes ejus competenti actione res persequentur. *l.* 6. §. 5. *h. t.* Absque divortii consilio res amotae, repetuntur a marito rei vindicatione, vel condictione, *l.* 24. *h. t.* aut in factum actione. *l.* 2. *C. h.*

4. (d) Haeredibus hanc actionem dari, non est dubium. *l.* 21. §. *pen. h.* In haeredes eadem datur, quatenus ad eos pervenit, *l. ult. C. h. t.* quia licet actio sit rei persecutoria, tamen ex delicto est; cujus meritum haeredi non convenit, ideoque nec actio in eum datur, nisi

(a) *Pos.* 1. *et* 2. (b) *Pos.* 4. (c) *Pos.* 3. (d) *Pos.* 5. *et* 6.

quatenus *ex re* venit obligatio; sicut alias probatum, nullam actionem ex delicto, licet rei persecutoriam, in haeredes aliter dari, *Prael. ad institut. tit. de perpet. et temp. act. n.* 5. *P. I. p.* 451. ne excepta quidem condictione furtiva; nam eam ex delicto non esse, censemus, et dicto loco demonstravimus. Quod igitur hanc actionem dari in haeredem, sicut condictionem furtivam, legimus in *l.* 6. §. 4. ad τὸ ὅτι, non ad τὸ πῶς, referendum, ut exposuimus in *praelect. ad Inst. de Obl. ex del. n. ult.* Adde Wissenbachium *h. t. th.* 5.

5. (e) Intentio actionis primo quidem est, ut apparet, ad restitutionem rerum amotarum; vel si res ipsae restitui nequeant, ad aestimationem agitur, quanti fuerunt eo tempore quo sunt amotae, quod tempus non ponitur in *puncto*, sed ut terminus a quo; nam si deinde res pluris fuerit, dum res apud mulierem, vel apud virum, (nam et hic tenetur hac actione, *l.* 7. etsi feminis id vitium sit frequentius, ut *pass. h. t.*) tempore crescat aestimatio, *l. penult. h. t.* tenetur etiam in id quod interest. *l.* 21. §. 1. Imo si per contumaciam dolumve res non reddat mulier, tenetur in infinitum, hoc est, quanti maritus in litem juraverit. *l.* 8. §. 1. *et l.* 9. *h. t.* juncta *l.* 4. §. 2. *de In lit. jur.* Æstimationem ubi praestiterit, quasi rem emisset, eam retinere vel a tertio possessore petere potest. *l.* 22. *in pr.*

6. Quibus casibus cesset haec actio, e proprietatibus ejus intelligi potest: praeter eas, nota sis, compensatione reciprocae amotionis, in totum vel pro parte tolli hanc actionem. *l.* 7. Item matrimonio post divortium redintegrato. *l. ult. h. t. Moribus*, cum actio furti poenalis et famosa non detur amplius privatis, sed condictio tantum, sequitur et hujus actionis a furti actione discrimen evanescere. Contenta tamen ejus sine dubio locum habebunt, si contingat, adulteram aut malitiosae desertionis ream, expilasse mariti domum, ut a talibus fieri insolitum non est. Nam perfidia, impudicitia et furacitas, pari fere passu ambulant.

TIT. III.

DE AGNOSCENDIS ET ALENDIS LIBERIS, VEL PARENTIBUS, VEL PATRONIS, VEL LIBERTIS.

I. De agnoscendo et alendo partu, post divortium nato. II. De agnoscendo partu, constante matrimonio edito. III. IV. De plena probatione contra talem filium, tam matrimonii tempore, quam antea conceptum. V. De alendis a parentibus liberis. VI. Onus matris et avorum hac parte. VII. Usus hodiernus. VIII. An alii post parentes cogantur. IX De his, qui non habent propinquos ad alendum obstrictos. X. Praetextu futurae paupertatis, non esse arcendos incolas. XI. An aliqua ex alimentis perceptis obligatio nascatur.

(a) Post matrimonialia, de liberis agi consentaneum est. Rubrica duas habet partes, de liberis agnoscendis; et de alendis iisdem, aliisque, se ipsos qui tueri non possunt. Partus agnoscendi usus, venit bifariam, soluto matrimonio, neque non dum consistit. Utroque casu id agitur, ne partus subjiciatur, quo nihil indignius et intolerabilius; ideoque de his, quae falsum partum subjecerunt, eodem Scto, quo de partu agnoscendo, cautum fuit. *l.* 1. *in pr. h. t.* Fuit hoc *Plancianum*, *l.* 3. §. 1. *h. t.* de poena vero partuum subjectorum, agendi locus est *inferior*, in libris *terribilibus*, quos vocat Justinianus. De agnoscendo partu, post divortium, hoc modo agebatur. Mulier, aut si filiafam. fit, pater ejus denunciat marito, vel ejus patri, ipsis, aut ad domum ubi lar est, quae hospitium vocatur in *l.* 1. §. 2. *h.* qua de re dix. *P.* 2. *Digress. l.* 1. *c.* 12. *n.* 3. idque intra dies XXX. continuos a divortio numerandos, quod praegnantem se putet esse. *l.* 1. §. 1. *et* 6. Si post dies 30. denunciet, cum facilis sit error calculi in talibus, causa cognita, deinde tamen audietur. §. 7. Quin si plane omissa sit denunciatio, partui tamen non praejudicatur in quaestione principali. §. 8. Denunciatio enim pertinet tantum ad *provisionem*, quam vocant, respectu alimentorum, non ut quod natum est mariti proles habeatur. *d. l.* 1. §. 14. Maritus denunciatione facta, si non habeat causam negandi, quod ex se praegnans sit, mittere debet custodes ad ventrem custodiendum, ne suppositio fiat. §. 3. Si putet ex se uterum non esse, potest contra denunciare, non esse ex se praegnantem. Quo facto non cogitur agnoscere prolem, nisi vere ipsius fuerit. §. 4. In quam rem opus judicio vel principali et pleno, cum quaeritur, an suus haeres sit, §. 12. vel summario, si de alimentis

(e) *Pos.* 7. (a) *Pos.* 1. 2. *et* 3.

quaeratur. *l.* 5. §. 8. *h. t.* Nec si in hoc aliquis sit condemnatus, in altero praejudicator, *l.* 5. §. *meminisse* 9. *h. t.* ut recte, quos noverim, tali judicio damnati, injuriam sibi fieri, quod patres et adfines vocarentur, prae se tulerint. Si vero maritus non miserit custodes, neque testatus sit contra, tenetur ad agnoscendum et alendum, *d.* §. 4. rursus absque praejudicio veritatis et successionis. *d.* §. 12. 13. *et* 14.

2. (b) De hac autem, pleno judicio deinde quaerendum, sive post divortium, sive etiam constante matrimonio partus sit editus; de quo casu cum Planciano Sctо nihil esset cautum, aliud Senatus consultum Hadriani tempore factum est. *d. l.* 3. §. 1. Potest autem filius constante matrimonio natus, negari filius esse, vel jus filii habere, tribus ex causis; prima, si mater negetur fuisse legitima uxor, quo casu praejudicio locus esse dicitur in *d. l.* 3. §. 4. quod an non est quartum praejudicii exemplum, praeter illa tria, quae sola agnoscit D. Wissenb. *h. t. th.* 11.? Quaestio principalis ibi est de statu filii; *praejudicialis, an mater ejus uxor fuerit*; cujus decisio praejudicium faciet alteri; quamlibet non necessarium. Potest enim fieri, ut tametsi constet, matrem fuisse uxorem, filius tamen non sit ex marito; tametsi haec sit praesumptio et regula juris, *Pater is est, quem Nuptiae demonstrant. l.* 5. *de In jus voc.* Quae regula valet, quamdiu contrarium non probatur. Contraria probatio conficitur, vel probatione subditi partus, ut ne quidem ex uxore natus, vel quod a marito non sit genitus.

3. Et hoc probatur, si, *verbi gratia*, maritus ab uxore tam diu abfuerit, ut naturaliter ab eo genitus esse non potuerit: veluti si quis *per decennium absens, reversus anniculum domi suae offendat. l.* 6. *de His, qui sui vel al. jur.* Sed qui cum uxore sua adsidue versatus filium ex ea natum agnoscere non vult, ferendus non est, *d. l.* 6. etsi uxoris castitatem fidemque merito suspectam habeat, imo etsi adulteram esse constet, quia fortior est illa praesumptio Legis: *Patrem esse, quem nuptiae demonstrant. d. l.* 5. Quae non nisi plena probatione revinci potest, artificiali vel inartificiali; hac per testes aut scripturam, illa per argumentationes necessarias. Qualis procul dubio, illa decennalis absentia in *d. l.* 6. Sed an decem mensium absentia sufficit? Videtur, quia hoc tempus est longissimum, quo partus in utero esse queat. *l. ult. C. de Postum. haered. instit.* Quanquam, si matrona procul ab omni suspicione absit, secus multi existimaturi sint, per ea, quae Sandius habet in *lib.* 4. *tit.* 4. *Decis.* 10. et a nobis scriptum est *part. praec. p.* 65. *et* 66. Si causae in deterius suspicandi extent, facilius absentia decimestris admittetur ad reprobandam prolem, quemadmodum usu venit in causa Leotychidis, Agidis Spartani regis filii. Decimo quo Agis ab uxore Timaea abfuerat mense, natus erat, dum Alcibiades ille famosus luxuriae artifex egerat Spartae. Reversus pater invenit filium, Timaeam vero suspectam in Alcibiade, ex domesticis testimoniis. Et compertum erat, ipsam mulierem saepius filium, Alcibiadis nomine vocitasse. Quare pater negaverat eum ex se natum. Moribundus agnoverat filium. Rejectus tamen, et Agesilaus patruus regno potitus est, Xenophonte teste *lib.* 3. *Hist. Gr.*

4. Si cui filius nascatur perfectus, ex legitima uxore ante septimum mensem a nuptiis et a primo congressu inchoatum, hunc virum agnoscere et alere non cogi, saepe dictum est, per *l.* 12. *de Stat. hom.* In Anglia secus esse moris et juris, scribit Auctor non levis Emmanuel de Meteren: *In Anglia*, inquit, *admodum rigide servatur regula*; Pater est, quem nuptiae demonstrant? *Nam si vir ducat in uxorem viduam, ignarus praegnantem ex alio viro, infans erit praesentis viri proprius. Similiter, si quis puellam ducat in uxorem, ignorans impletam ab alio, proles erit viri propria et haeres ejus, qui matrem duxit in uxorem.* Ita Meteranus *Hist. Belg. lib.* 14. *cap. de Legibus et institutis civilibus Anglorum.* quod an etiamnum obtineat, suo loco relinquimus. Idem adhuc obtinere, statuit D. Chamberlanus in *nov. Stat. Angl. c.* 18. In regni utique successione illos non agnoscere infinitam illius regulae nuptialis vim, nuper abunde significatum est. Non abhorret hinc exemplum, quod *positioni nostrae quartae* subjecit Thomasius, nisi quod auctorem et tempus editum oportuit.

Scholium.

Hinc judicari potest de decisione in supremo Parisiensium auditorio facta. Mulier quaedam a judice ecclesiastico separationem temporariam a marito suo impetraverat, impotentiam ejus praetendens. Durante vero tempore separationis, ex Titio filium procreat, eumque consensu. Titii tanquam ex eo prognatum baptizari curat. Postea coram alio judice querelam impotentiae mariti sui repetit, seque cum Titio copulari petit. Judex rerum antea actarum ignarus, condescendit, praeprimis cum maritus mulieris, haud dubie et ipsa ab uxore adultera liberari cupiens, se impotentem esse agnoverit. Jungitur igitur Titio per benedictionem sacerdotalem. At Titii cognati fraudem

(b) *Pos.* 4.

detegunt ostendentes, maritum priorem impotentiam suam per mendacium ignovisse. Declaratur itaque matrimonium cum Titio nullum. Bene. Sed et insuper filius pendente separatione progenitus, quem mulier ex Titio conceptam affirmaverat, Titiusque ipse consenserat, marito priori, tempore separationis uxorem suam haud frequentanti, adjudicatur. Ratio decisionis quaeritur in regula hujus positionis. Jam quid videtur?

N. ADDIT.

Desiderat auctorem et tempus Auctor. Auctoris quidem recordor, unde haec excerpseram, sed non temporis. Auctor idem est, ex quo alium notabilem casum retuli in Scholio ad tit. Inst. de Locat. cond. num. 11. *relato, Lucien Svefve, sive Lucianus Suavis in nova sylloge quaestionum notabilium in Audientiis Parlamenti Parisiensis decisarum,* centuria 4. cap 95. *Contenta hujus libri vide relata, in Actis Eruditorum Lipsiensium* mense Martio et Aprili anni 1685.

Caeterum, si quis omni tempore uteri gesti apud uxorem moratus sit, is pater est; nisi constet, maritum valetudine aliave causa impeditum tanto temporis spatio cum uxore non concubuisse, ut infans ex eo natus esse non possit. *d. l.* 6. *de His, qui sui vel al. jur.* Tametsi forte solius morbi probatio non sufficiat, ut visum est aliquando Curiae nostrae, apud Sandium *lib.* 4. *tit.* 8. *def.* 10. Incertificiolis probationis, per testes et instrumenta, non ita pridem notabile exemplum in Curia nostra disceptatum est, inter *Thomam van der Mark, et Christinam Taepkens pro se et filio Jacobo van der Mark.* Quaestio erat de haereditate Johannis van der Marck, in Frisia defuncti, cujus se Christina uxorem, et Jacobus filium ferebat. Et quidem illa, tametsi nec sponsalia, nec ducendi ritum, nec promulgationem, aut celebrationem ecclesiasticam probaret, quorum vir nihil unquam adhibere voluerat, tamen se pro uxore habitam, honoratam, et appellatam, abunde probabat; quod ut jure civili, ita apud nos, pro jure uxorio et conjugali sufficere, plus semel dictum est. Puerum se peperisse Ultrajecti, dum vir esset in Frisia, probabat per obstetricem aliasque testes, quem a patre quoque pro filio agnitum, satis constabat. Ab altera tamen parte probabatur, ex codice baptisterii Ultrajectini, illo tempore quo puer natus erat, ex eadem domo oblatum esse baptismo puerum ejusdem nominis, sed ex alia matre, cujus nomen erat additum, propinqua Christinae. Maritus obstetricis, uxorem fuisse corruptam pecunia et chirographo centum carolinorum, testatus erat; etsi hic iterum ab aliis ebrietatis et levitatis insimulabatur; quemadmodum utrinque circa testes mirifice perplexabatur ipsa Christina, falsi aliunde convicta, nec boni moris ἔγγυοι. Cum haec ratio, tum fides testium, et baptisterii publicum inprimis monumentum, fecit, ut Curia filium pro subditítio habuerit, atque ab haereditate excluserit, admissa licet muliere ad jus pauperum viduarum. *Ante magnas ferias* 1682. Nuper in alio non paulo magis illustri theatro, probationem immediatae nativitatis exhibitam vidit mundus; an sic satis fidelem, fama distulit, *tam ficti pravique ferax quam nuntia veri.* In dubio valere regulam, *Pater est, quem nuptiae monstrant*, non esse dubium, sine veri praejudicio satis constat *ex praedictis*; nec minus verum, *grande praejudicium pro filio, confessionem Patris. l.* 1. §. 12. *in fin. h. t.*

5. (e) Pater igitur liberos suos non modo agnoscere, sed alere cogitur, *d. l.* 1. §. 14. atque ad hoc ipsum extra ordinem compellitur, et coercetur. §. 3. *d. l.* 1. Nempe, si potest, si extrema egestate non prohibeatur. Nam hac causa poterat olim pater filium suum recens natum exponere, quod antiquitus apud Graecos et Romanos usitati moris fuisse, constat, et probatum a nobis est *Lib.* 2. *Digress. cap.* 5. ejusque moris vestigia extat in *l.* 29. *de Manumiss. testam. et l.* 16. *C. de Nupt.* Sed absque causa egestatis extremae, vel postquam infans fuit sublatus, id est susceptus ad alendum, qui infantem publicis etiam locis aliorum misericordiae, quam ipse non habuit, exposuit, si infans inde sit mortuus, necasse videtur, *l.* 4. *h. t.* si vivus servetur, extra ordinem coercetur. *l.* 2. *C. de Infant: expos.* Postea Constantinus hanc etiam exponendi ob egestatem licentiam sustulit, ejusque loco substituit venditionem infantis sanguinolenti, id est recens nati, *l.* 2. *C. de Pat qui fil. suos. distr.* qua de re nos egimus in *d. lib.* 2. *Digress. c.* 5. Haec aliter paulo Praeceptores nostri D. A. Matthae. *tract. de Crim. lib.* 47. *ff. tit. ult. c.* 2. Wissenb. ad *h. th.* 17. Moribus, servitute sublata, vendendi licentia quoque sublata est, adeo ut parentes nunc, etsi egentissimi, liberos suscipere et alere cogantur, nisi eleemosynas pro illis sint collecturi; exponentes ea, quae dicta est, poena adficiuntur. Ne quidem a liberis extra matrimonium susceptis, ex adulterio licet, ac incestu, alendis pater excusatur, *non obstante Nov.* 89. *c. ult.* Ad quam respondimus, et totum hunc articulum absolvimus, in *praelect. ad Inst. p.* 271. *sq.* ac ita aliquantulum consultus respondi viro, qui in florenti aetate, sau

(e) *Pos.* 5. 6. 7. 12. *et* 12.

divite ducta, duos ex ejus ancille liberos auatuleret, quos eum apud matrem diu aluisset, sumptum gravatus, destituere cupiebat. Dissent. D. Wissenb. *h. th.* 16. et Struv. *Ex.* 30. *n.* 79. Quin et matri patrem ejusmodi liberos canoedere elendos, et sumptum praebere cogi, humaaum est, ut Curiae nostrae visum epud Sand. *lib.* 2. *tit.* 8. *def.* 1. In casu divortii per oulpam viri commissi, hiu etiam matri sumptum ad liberos elendos preebero debet; si matris nulpe sit, pater liberos servat ec elit; nisi pater sit pauperior et mater lucuples, tuuo ipse suo sumptu liberos alere jubetur io *Nov.* 117. *cap.* 7. Haec ita parentibus injuoguntur, si liberi so ipsos exhibere oequeant, seu propriis facultatibus, sive opifieio, vel ministeriis *l.* 5 §. 7. *h. t.* Ingretitudo filii gravis, et forte talis, ob quam datur exheeredaodi facultas, parentem quoque ab alendi ooere liberet. *d. l.* 5. §. 11. Si luxu booa sua perdiderit, tamen alendum esse, eit Struv. *d. Ex.* 30. *num.* 76. quod est verum, si vere miserabilis sit, non si validus et pauper. Hic reoto Apostolicum illud oeoinetur: *Qui non laborat, non edot. d. l.* 5. §. 7.

6. (d) Post petrem, mater ed alendum tenetur, quooiem hoe uons pietatis, non patriae potestetis est, et quidem vulgo quaesitos sole, reliquos si pater noo possit; etiem liberos trimo mejores; ait *l. pen. C. de Patr. pot.* siquidem ante trienoium per se lacte materno ali soleant. Consequenter et evus maternus ac evia teneotur, *l.* 5. §. 14. 5. 6. *N.* 117. *C.* 7. soilicet, si liberi de suis bonis eli nequeent. Si vero mater et evie sponte, liberos aut nepotes bona propria habentes aluerint, habent jus repetendi, ei hune enimum testatae sint, aut in rationes suas retulerint impensas. *l.* 11. *C. do Negut. gest. l.* 34. *D. eud.* Deoique, si dum res filiorum eut nepotum administrabant, eos alueriot, repetendi animum habuisse videotur. *d. l.* 34. Sand. *lib.* 2. *tit.* 8. *def.* 3.

7. Moribus hodierois, universeli bonorum communioni, vel saltem societeti, quae ubique viget, lucri etque damni conjugalis, est consentaneum, ut oous elendi liberos commune sit utrique conjugi, ut de Hollandia quoque testatur *lib.* 3. *Introd. part.* 35. *n.* 20. Groenevvegius *ad l.* 5. §. 14. *h. t.* D. Joh. Vuetius *ad h. t n. ult.* qui id ipsum adfirmat, si divortium ob elterius conjugis deliotum sit fectum; ut tamen facile audiendus sit, opioor, conjux innocens, quo, si ipse non nisi aegre liberus eehibere possit, opus illud alteri magis copioso iojungatur. *d. N.* 117. *cap.* 7. Cum haec res epud nos, ubi societes luori et damni umniumquo unerum et commodurum metrimooielium ipso jure viget, eodem modo se habeat, nec quisquam dubitet, quin ot sumptus aleodi liberos, societati ac utrique eonjugi, partibus eequis imputetur, non intelligo, qua rationo seribat hoo modo Sandius *lib.* 2. *tit.* 8. *def.* 1. *in f. Si filius patrem habeat locupletem*, inquit, *mater ab ipso repotet, quod alimentorum causa*, de quibus ibi loquitur, *in filium expondit.* Accipiebam hoc ita; ut partem dimidiam repeteret, si tutum expendisset. Verum hanc interpretetionem non patiuntur sequontia Sandii: *Mater enim alimentis praestandis obnoxia non est, si liberi patrem oumdemquo satis locupletem habeant. l.* 5. §. 14. *de Liber. agnosc. l.* 43. *de Jur. dot.* Et jure civili, quo totum oous familiae viro incumbebat, ergumentatur ad usum soli et seculi nostri, quo familiae sustentendae onus est commuoe. Refert tameo, ite e Seoatu Supremae Curiae esse judicetum, quod non potest eliter quem in easu divortii judioio auctoritete fecti, quo eesset commuoio matrimonialis, intelligi: per oonsequentiem communionis heo parte icter petrem et matrem iofantis, dicendum videtur, patre vel matre deficionte, avum aviamque paternos meternosque, eine discrimine sexus eut linoae, sed pro modo fecultetum eujusque, teneri ad elendum. Sed quamdiu alter ex parentibus primi gradus sufficit, ad ulteriores eoactio noo producitur, eaquo ita serventur, ut puto. Liberti olim petronos alere cogobantur. *l.* 5. §. 18.

8. (e) Parentes ed eleodum uon tentum civili, sed etiam jure et ratione natureli teoentur; quatonus quos procrearunt, iisdem ut subsistere queant, praestare debeot. Ut vicissim liberi. parentes inopes elant, eadem quidem oecessitatis retio oon flagitet, pietas tameo et gratitudo id ipsum ecerrime commendaot, officiumque illud io necessitetem e Lego eonvortitur, noo modo in primis, sed etiam in ulterioribus, utriusque sexus adsoendeotibus. *d. l.* 5. §. 2. *ad h. t.* Fratrem etque sororem, ad alendos se invicem compelli, nusquam diserte proditum est; eitantur quidem Lex 73 §. 1. *de Jur. Dot. et l.* 20. *D. Sol. matrim.* sed heo nihil, quam valde aequam et probabilem nausem videri, significant. Neque *Lex.* 4. *D. Ubi pupill. educ.* cogendi facultatem probat. Nam quod tutori alimente sororis pupilli reputaotur, id probabilem justamque fuisse impensam, non ed quam pupillus oogi potuisset, indiost. Idem ed *L.* 12. §. 3. *et L.* 13. §. 2. *de Amnistr. Tut.* tenendum. Etsi per has Leges, et magis per aequitetis rationem, communis est sententie, fratres etque sorores, tem uno quam utroque letere conjunctos, ad alendum cogi posse, probante euotoreaque laudaote Sandio. *l.* 2. *tit.* 8. *def.*

(d) *Pos.* 8. (e) *Pos.* 10. 9. *et* 11.

hoc eorum animo constet olim; aliter non possunt agere, ex pietate elemosyna praestita. Quod ita de coenobiis, diaconis, publicisque pauperum curatoribus? Repetere possunt ex pacto, lege, vel consuetudine: quae non solent in tempus post alimenta percepta dirigi; sed frequenter ita, ut si quid pauperibus, dum aluntur, obveniat, hoc ipsis cedat, modo sumptus factos non egrediatur: hujusmodi consuetudines sunt justae; magis tamen laudabiles, quae sortes bonorum propriorum, si quae sint, orphanis relinquunt, reditibus altores jubent esse contentos. Praeterea respublicae, aut aliquando privati, solent educare alumnos ad studia. Possuntne petere ab illis, ut sibi deinde ministerium doctrinae suae praestent? Non possunt, nisi, ut dictum, ex pacto, vel lege, qualem hic esse in Frisia, de provinciae alumnis intelligo. Sicubi nihil legis vel pacti invenitur, jus commune sequendum. Ea de re exemplum. Pastoris Leovardiensis Hagam Comitis vocati, qui fuerat alumnus ejusdem civitatis, ex Nautae decisionibus retuli, in *Jurispr. vernac. lib.* 2. *c.* 23. *n.* 39. (f) Postremo, an haeredes eorum, qui aere coacti sunt, tenentur ad continuationem alimentorum? Videntur, utique haeredes liberorum, qui parentes aluerunt, eoque magis haeredes parentum, qui liberos aluerunt, utique in casu extremae egestatis, quo coactio ad alimenta locum habet dumtaxat. *l.* 5. §. 17. *h. t.*

TIT. IV.

DE INSPICIENDO VENTRE, CUSTODIENDOQUE PARTU.

(s) Praecedentia Senatus Consulta non habuere locum, si mulier dissimularet vel negaret se esse praegnantem. *l.* 1. §. 1. Quod si contingat, ut post divortium mulier se praegnantem esse neget, vir aliter persuasus, et pater esse cupiens, potest mulierem vocare ad praetorem, et rogare; si negare perseverat, mittere potest obstetrices ad ventrem inspiciendum; quae, vel earum duae si renunciaverint esse praegnantem, custodes apponuntur. *d. l.* 1. *pr et* §. 1. Si mulier nolit, pignoribus captis, aut mulctis cogi potest. §. 3. Aliam vim illi adhibere nefas est, ac quidem ut, dum inspicitur, ventrem invitae ulla tangat. §. 10. Similis exploratio fit, cum mulier, mortuo marito, se praegnantem esse adfirmat, sed quia tum majus vertitur praejudicium agnatorum gentiliumque, per quinque obstetrices mulier exploratur, eo modo, qui prolixe et curiose describitur in *d.* §. 10.

• Scholium

Neque hodie hic titulus plane est inutilis, praeprimis in viduis nobilibus. Vid. Hahnium *ad Wesenb. h. t.* Schilter. *Exercit.* 39. *th.* 125. 127.

TIT. V.

SI VENTRIS NOMINE MULIERE IN POSSESSIONEM MISSA, EADEM POSSESSIO DOLO MALO AD ALIUM TRANSLATA ESSE DICATUR.

(s) Vix opus est pluribus verbis, quam sunt in Rubrica, modo hoc sciamus; viduam praegnantem mitti a Praetore in possessionem bonorum mariti defuncti, ventris nomine, ut in *pr. l.* 1. *h.* obiter ponitur, et plenius traditur in *tit. ff. de ventr. in poss. mitt.* Haec si impetrata bonorum possessione, dolo malo eam ad alium, qui bona forte dissipet, fructus consumat, neque solvendo sit, transferat; datur actio propinquis mariti, aut substitutis, in id quod interest, perpetua contra mulierem, vel ejus patrem in cujus potestate est, quatenus ille doli particeps sit, aut ad eum pervenerit. *d. l.* 1. §. 1. *et ult. l.* 2. §. 1. *h.* Is vero, in quem translata fuit possessio, per interdictum ex illis jubetur decedere. *l.* 1. §. 2.

TIT. VI.

SI MULIER VENTRIS NOMINE IN POSSESSIONE CAUSA ESSE DICATUR.

(a) Quod si mulier calumniose mentita se esse praegnantem, Praetori subrepserit, ut in possessionem mitteretur, propinqui aut substituti, agunt in id quod sua interest, actione famosa. *l. un.* §. 3. 6. 7. *h.* juncta *l.* 15. *et sequ. De his, qui infam. not.* Si mulier, haerede deferente, juraverit se esse praegnantem, hac actione non tenetur: sed de natalibus infantis deinde tamen, ubi natus fuerit, quaeri poterit. *l.* 1. *in pr. h.*

(f) *Pos.* 4. (s) *Pos.* 1. *et* 2. (s) *Pos. un.* (a) *Pos. un.*

TIT. VII.

DE CONCUBINIS.

I. Definitio Concubinatus, et an Mariti concubinas habuerint. II. An Concubinatus sit licitus. III. Concubinatus alia species, improprie dicta, et magis honesta.

(a) Proxima uxori est concubina, quae cum coelibe vivit uxoris loco, sine titulo et dignitate uxoris. Cum coelibe diximus: nam quo tempore aliquis uxorem habet, concubinam habere non potest, ait Paulus 2. *Sent.* 20. Idemque neglectum, ut videtur, denuo sanxit Constantinus in *l. un. C. de Concubin.* De facto, mariti saepius amicas suas videntur appellasse concubinas, quod nomen honestius erat, quam amicae et pellicis, cujus multo turpior erat appellatio, ut est apud Gellium *l.* 2. *c.* 3. *et l.* 44. *de V. S.* Praeter quod pellicis appellatio cum respectu ad uxorem dicitur: Jovis amicae pellices Junonis. Ita Cicero concubinam vocat, quam ducta erat a Patrefam. Romae, qui uxorem habebat in Hispania, 1. *de Orat.* et cum Marcianus *in l.* 3. §. 1. *h.* per concubinatum negat adulterium committi, maritos habuisse concubinas, evidenter significat, quidquid D. Wissenbach. ad *h. t. th.* 22. argutetur.

2. (b). Quando tamen concubinatum in jure dicimus permissum, de coelibum amicabus loquimur: quas fuisse permissas, iam est indubitatum quam quod certissimum, ut videre licet in *l.* 1. *pr.* §. 1. *et* §. *ult. l.* 3. §. 1. *h. l.* 41. *de Rit. Nupt.* quod demonstratum, atque ab objectionibus vindicatum, *in lib.* 2. *Digress. cap.* 11. Nec usquam hoc jus mutatum liquet ex *N.* 12. *c. ult. N.* 89. *c.* 8. ubi quod in *pr.* dicitur, naturales veteribus incognitos fuisse, id de effectu successionis legitimae est accipiendum, per *l.* 17. §. 4. *ad SC. Treb. l* 7. *pr. de confirm. tut.* Moribus christianis, concubina nihilo melior est quam vaga amica, et inter naturales atque spurios nihilo plus discriminis est, quam quae ex certitudine aut incertitudine patris oriatur, quod et Leo in *Nov.* 91. constituit. Wissenb. ad *h. t. th.* 23. 24. 25. Nec ideo jus civile, maxime Impp. christianos defendendos, sed excusandos arbitramur, quod veterem vagae libidinis licentiam hac concubinatus licentia, cum penitus cohibere non possent, circumscribere maluerint. Nam ejusmodi indulgentiam ex gravi causa esse licitam, exemplum Mosaicum in divortio, Judaeis propter duritiam cordis eorum permittendo, satis demonstrat. (1) Laudare juris auctores concubinatum, nusquam liquet. Nec id probant verba *l.* 1. *in fin pr. h. t. Honestius est patrono, libertam habere concubinam, quam matremf.* Item quod libertabus, patronorum concubinis, *honestas matronarum* adscribitur in *l.* 41. *de Rit. Nupt.* ut probavimus *d. cap.* 11. *lib.* 2. *Digress.* Adde quae dix. *part.* 2. *Digr. lib.* 1. *c.* 2. *n.* 2. *et* 4.

3. Est et aliud genus concubinatus, quod pro conjugio haberi potest, etsi requisita quaedam et effecta juris civilis ei desint. Exempli causa; Inter servum et ancillam, jure Romano contubernium esse dicitur, non matrimonium, *l.* 3. *C. de Incest. nupt.* ubi graviter animadvertitur in decuriones, qui ancillis alienis se junxerint, etsi revera ad ipsum matrimonii naturam in tali conjunctione nihil desideretur: quo pertinet *inaequalis conjugii* appellatio, *l.* 3. *C. de Natural. lib.* Matrimonii enim essentia videtur adesse, quando indissolubilis unius cum una conjunctio inita et continuata est, ut Grotius disserit *lib.* 2. *de J. B. et P. c.* 5. *n.* 15. Verum ut talis conjunctio inculpata videri queat, contrahentes id palam prae se ferre oportere videntur, ita quemadmodum in exemplis praedictis usu venit. Nam ejusmodi clandestina conjunctio, licet hoc animo, ut indissolubilis sit, tamen si absit titulus honosque matrimonii, coram ecclesia ac hominibus non videtur honestati, nec scopo nuptiarum in liberis, qui illegitimi nascuntur, satisfacere: etsi vulgo *mariage de conscience*, matrimonium conscientiae appelletur. De tali autem conjunctione, intelligi volunt pontificii concilium Toletanum, de quo est *can. Is qui et can. seqq. Dist.* 34. Adde Grotium *d. loco et in not.* ubi Augustini auctoritas in eumdem finem. Wissenb. *ad h. tit. th ult.*

(a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 2. 3. *et* 4.

(1) *Heinnecius in* Element. jur. ad h. t. *probat, concubinatum Romanorum fuisse velut inaequale conjugium, ita ut concubina uxoris loco fuerit, ab uxore solo delectu, animi destinatione et dignitate differens.* Paul. sentent. 2. 20. l. 49. § 4. de legat. 3. *ita ut constante matrimonio nemini liceret concubinam penes se habere,* l. un. C. h. t. *neque in concubinam assumi posset illa, quae propter cognationem vel adfinitatem in matrimonio esse non poterat.* l. 1. §. 3. h. t. l. 56. de rit. nupt.

LIB. XXVI. TIT. I.

DE TUTELIS.

I. De Tutela, remissive. II. De cura similiter. III. De cura maritali in uxorem et bona ejus. IV. Non posse mulierem sine viro stare in judicio, sub except. V. Vir tamen non potest solus alienare, vel obligare bona mulieris. VI Mulierem nec alienare, aut obligare se, aut virum, aut bona sua posse. VII. Cessare hanc curam, si vir ipse sit in Cura VIII. Per pactum. IX. Per divortium, et X. Per interdictionem, quae an ex inopia fieri possit. XI. Quando vir in certis causis se non gerat ut Curatorem. XII. Mulierem licite cum viro agentem, non egere Curatoris. XIII. In rebus ad Oeconomiam spectantibus. XIV. In Negotiatione publica, quam mulier cum viro exercet. XV. De judicis officio, si maritus contradicat. XVI. Fidejussiones excipiuntur, an et donationes. XVII. Cessare in obligationibus quae ex re veniunt, item in ultimis voluntatibus curam mariti. XVIII. De alienatione rerum denuo. XIX. De Actoribus, Administratoribus, Adjutoribus et Tutoribus notitiae gratia datis, remissive.

(a) Absolvimus primum juris personalis articulum de nuptiis, cum suis appendicibus; sequitur alter de tutelis; cujus pleraque plena manu cum *ad Inst.* tum in *Digression.* executi, breviores heic esse poterimus. Definitionem tutelae, verbotenus expositam dedimus in *lib.* 3. *cap.* 2. *Digress. et ad Inst. tit. de tutel. n.* 2. neque plura ad hanc Rubricam requiri videntur, cum divisio et caetera distinctia titulis sequantur: nisi addere velis, quod utilissimum observatu, de tutelis, quae in gratiam et utilitatem tutorum magis, quam pupillorum sunt repertae, collocatum in *d. lib.* 3. *cap.* 1. *Digression.* 2.

2. De cura non est titulus specialis in Pandectis, sicut in Institutionibus; quoniam apud Veteres munus curationis lege XII. tab. non fuit constitutum, nisi furiosis, et dein ad prodigos lege Laetoria extensum; postea a Juris Consultis ad similitudinem tutelae et ad alios casus productum, tamen sub tutela latebat. Unde nec ullam propriam actionem, sed utilem tutelae pariebat, ac etiamnum parit; a Divo Marco postea munus ordinarium cura in minores facta est, ut probavimus in *lib.* 3. *Digress. c.* 15. *et c.* 16. Quin hoc institutum curae, progressu temporis latius propagatum est; adeo ut cura omnia in varias admodum species et usus, per divisiones expandi possit, in summa duplex ut sit, bonorum dumtaxat, aut bonorum una cum personis. De cura bonorum *tantum*, sunt varia exempla; quando creditores mittuntur in possessionem debitoris latitantis aut indefensi, quando ventri datur curator, quando ad singulares actus, ut ad divisionem, ad solutionem, ad litem, aliasque res innumeras, dantur curatores, de quibus in suis locis agetur. Pertinent huc etiam administratores, qui testamento ad curanda bona, pupillis jam habentibus tutores relicta, dantur. Sed ejusmodi curationes non sunt munera publica, sicut est cura minorum: sed privata officia, quae non nisi volentibus imponuntur, ut probat Sandius *l.* 2. *t.* 9. *Def.* 11. Cura, quae publici muneris habet necessitatem, est vel minorum annis 25. vel aliorum extra puberes. De ultima specie titulum habebimus *infra* specialem, et de utraque habuimus *ad tit. I. de Curat.* ubi et de convenientiis et discrepantiis tutelae atque curae, earumque usu. Quibus additum velim, etsi tutelae et curae, sicut nomen ita jus hodiernis moribus confusum Belgici Scriptores testantur, ut Vinnius *ad tit. Inst. Quib. mod. Tut. fin. et ad pr. I. de Curat. n.* 3. *et seqq.* Grotius 1. *Introd.* 7. *n.* 1. aliique citati a Groenewegio *ad d tit. Quib. mod. Tut. fin.* id tamen non ubique nec in Germania, de qua Gailius 2. *obs.* 96. nec sane in Frisia obtinere, ut Groenewegius *ibidem* et nos ad *d. tit. Inst. n.* 3. *in fine* probavimus. Credo etiam negari non posse, quod aliquae supersint differentiae, quas rei natura non fert esse abolitas, et quae in progressu nobis occurrent.

3. Maritalis potestas, de qua non fuit adhuc locus sat commode agendi, solet etiam referri ad curam, ac ita fere ubique receptum est et loquuntur, virum esse curatorem uxoris suae, *Man en Voogd.* Hoc enim vocabulum notat curatorem, sicut *Momber* tutorem. Ita Gudelin. *de jur. noviss. lib.* 1. *c.* 7. Grot. *introd. lib.* 1. *part.* 5. *n.* 27. *et seqq.* Herbaj. *rer. quotid. cap.* 13. Sand. *lib.* 2. *tit.* 4. *def.* 1.

(a) *Pos.* 1.

ac alii passim. Existimo tamen, ut vocabulum *Voogd*, quamlibet potestatem significat, mariti potestatem in uxorem et ejus bona, non esse *curam* proprie dictam, sed potestatem sui generis maritalem. Etenim cura, quae est bonorum una cum persona, sicut haec species se habet, causam agnoscit aetatem, vel ex ratione juris antiqui, sexus imbecillitatem. Hoc autem maritale jus, non est ob aetatem, quia competit etiam in anus, neque propter sexum, * quia non competit in virgines aut viduas: praeter quod viri non tenentur ad rationes reddendas, nec ad inventarium faciendum, neque confirmantur a magistratibus, quae omnia secus in curatoribus se habent, de quibus *vid.* Sand. *d. lib.* 2. *tit.* 4. *def.* 1. E quibus nova ratio colligitur, hoc jus non esse curam; quia non tam est in gratiam eorum, qui sunt in potestate, sicut tutela et cura sunt, quam in utilitatem eorum, qui potestate sunt praediti, ut Herbajus quoque noster usurpat *rer. quotid.* 3. §. 12. Verum tamen est, hanc potestatem, si cura non sit, haud quaquam minus, imo ut ex illis speciminibus apparet, plus continere. Et esse ex institutis Germanorum, ut Grotius censet *d. c.* 5. *n.* 31. a jure Romano abhorrentem, quo viri potestas et curatoris auctoritas in eadem persona consistere non possunt. *l.* 14. *de Curat. fur. l.* 66. *et seqq. de Rit. Nupt.*

Quanquam autem haec proprie CURA, ut dictum, non sit, ejus tamen vim et virtutem complectitur. Ideoque ubi primum puella nupserit, curatoris, quem habet; potestas in continenti finitur, ut Sandius *d. tit.* 4. *def.* 1. Quamvis etiam eo modo in bona uxoris detur, ut non minus in personam sit per consequentiam, quam id de minoribus adfirmatum est alias, ex *l.* 12. §. 3. *de Administr. Tut.* non complectimur tamen sub ea potestatem, quae juris gentium et divini est, quaeque subjectionem mulieris infra virum. et hujus principatum. *l.* 196. *de V. S.* comprehendit, citra *verbera* tamen, ut Grotius censet *d. cap.* 5. *n.* 29. Cura adeo, de qua heic agimus, ad bona proprie pertinet, atque ad personam mulieris, quatenus haec ab administratione bonorum inseparabilis est, ut ex sequentibus patebit. Sequemur porro ejusdem Grotii filum.

4. *Vi hujus auctoritatis sive curae vir*, inquit, *pro uxore* sine ejus voluntate ** *stat in judicio n.* 32. *Mulier contra non habet personam standi in judicio, nisi ex mandato viri p.* 35. vel ejus auctoritate, *Gesterckt met de selve*, ut loquuntur. Si tamen vir absit, nec ejus copia vel consensus haberi possit, uxor admitti potest ad interventionem pro marito, sub renunciatione SCti Vellejani et cautione de rato, ut Sandius judicatum refert *lib.* 1. *tit.* 5. *def.* 1. Cautio, de rato, quam habet in subscriptione decisionis ejus, indicat, uxorem non modo intervenire maritumque defendere, sed etiam pro illo actionem instituere posse, quemadmodum omnes personae conjunctae, *l.* 35. *in pr.* junct. *l.* 33. §. 3. *de Procurat.* idque ita in usu nostro servatur. Imo si vir longo tempore peregre fuerit, ut non constet ubi sit, vivat an secus, non est insolens, mulierem, ut cura viri liberam, simpliciter in suis rebus admittere, quod Curia censuit in causa creditorum *Titiae Thomae Oosterbaen*, contra *haeredes J. S.* qui moverant exceptionem adversus creditricem tali viro nuptam. 23. *Octob.* 1623. Contra maritum etiam mulier sola consistere potest, ut probavimus *ad tit. de Judic. n.* 14. etsi recentior usus velit, ut tali casu ei curator in litem adjungatur.

5. Pergit Grotius. *Vir potest alienare et obligare bona uxoris, etiam quae extra communionem penes se recepit, pro lubitu suo, ut nec ejus consensu indigeat, n.* 33. idque indistincte, res sint mobiles an immobiles. *** Hoc satis enorme videtur, non modo contra jus civile, *l.* 8. *C. de Pact. convent. super dot.* sed etiam ultra jus curae, quae tantum administrationem, non alienandi pro lubitu facultatem tribuit. Rectius nostrae Curiae Δικαστολοι non agnoscunt res soli alienantem virum, nisi mulieris consensus liqueat, idque tam de rebus dotalibus quam parapheroalibus, ut docet Herbajus *c.* 13. §. 6. et testatur Sandius *lib.* 2. *tit.* 4. *def.* 2.

* Immo vero ob sexus fragilitatem, quae facit, ut mulieres apud Germanos, inprimis Saxones, sint in perpetua cura. A virginibus et viduabus ad Uxores non valere argumentum, res ipsa loquitur; neque tamen illae sunt extra curam. Rationes non reddunt, inventarium non faciunt, a magistratu non confirmantur, immo utilitatem capiunt omnes illi, qui ipso Jure, legibus moribusque Germanicis sunt Tutores. Patris potestas solvitur in Saxonia, filiarum nuptiis, certissimo indicio, maritum *der Eheliche Vogt*, in Cura habere uxorem, sui Juris existentem *a. pr. Id. Tutel. v. notata P. I. p.* 61.

** Quod in Saxonia nostra fallit, ob expressum textum *Ordinationis Proc. Sax. tit.* 8. §. *da sie aher.* verbis finat. *und. die Ehemanner ohne sonderbare* curatoria, *oder zum wenigsten* Cautione rati, *nicht zugelassen werden*. Carpzov. P. I. *C.* 1. *def.* 31. quae cautio rati remissa maritis *O. P. S. E. Noviss. ad d. t.* 8. §. 1. *p.* 68.

*** In Saxonia nostra res immobiles dotales alienat, non nisi uxore consentiente et adhibito ab ea Curatore in litem. Paraphernalia alienat Uxor, consensu mariti, ut Curatoria legitimi, valide, nisi maritus pretium velit lucrari, quo casu etiam Curatore ad litem Uxori opus est, *Dec. El.* 24. Carpzov. *P. III. C.* 23. *def.* 30. 31.

idemque de oppignoratione quotidie servatur, *arg. l. ult. C. de Reb. alien. non alienand.*

6. Gretius idem; *Si vir aes alienum quacunque e causa contrahat, mulier etiam post mariti mortem indistincte tenetur*, * dum e cootra mulier neo alienare quidquam, nec obligaro se, vel bona sua, nisi auctore viro, potest. *d. loco. n.* 35. Si quid eorum fecerit, contractus est ipso jure aullus, ut probat Sandius *d. tit.* 4. *def.* 3. *vers. cum igitur mulier*; ut tamen, si mulier sine vire utiliter contraxerit, adversstius e us, beneficio eullitatis uti nequeat, ut recte Sandius, coovenienter juris communis rationi. *d. def.* 3. *vers. Hine ex facto.* Enimvero utrum maritus praesens, non absens, io ipso aegotio, an postea consensum adhibeat, oum utique tutela oon sit, nihil refert, ut idem in *eadem Decis. vers. Porro cum hic.* atque io eo jam maritalis potestas tutelarem et curatoriam excedit, qood pupilli ot minores oon teneantur e contractibus tutorum et curatorum, nisi constet, in rem illorum versam esse pecuniam, ut ad *tit. Quand. ex. fact. Tut. et Cur.* Vir autem uxorem obliget, etsi per luxuriam aes alienum sit centraotum, ut oceupavimus ad *tit. de Societ. n.* 8.

7. Addendi sunt casus, quibus cessat (ineipit ab impletis nuptiis et cohabitatiooe, Herbaj. *c.* 12. §. 2.) haec auctoritas vel cura maritalis: qui sunt vel tales, quibus omnino cessat, vel quibus in certis casibus locum non habet. Casus prioras suot hi. I Quando vir ipsemet est sub cura, propter aetatem minorem, insaoiam, vel prodigentiam; Tunc enim mulier, si mioor sit, maoet sub curatore proprio, quemadmodum ipse vir manet in sui curatoris auctoritate, nisi voniam aetatis impetraverit, ut Herbajus *c.* 13. §. 3. et Sandius docet in *praed. tit. def.* 1. Sed pone, mulierem esso majorem annis, 25, maritum minorem neo veoia politum; siquidem vir eausenserit, etsi curator non sit, valero tamoo contractum mulieris statut Sandius, ut consentiat tanquam vir, non ut curator. *d. def.* 3. *vers. Quid si 25. annis miuor.* Numquid igitur eget consensu viri, an vero sub hujus curatore erit, vel potius sui juris et auctoritatis ceesebitur? An vero tandem inspectorem aliquem et quasi ouratorem habet? Eadem est quaestio, si vir fiat iosanus aut prodigus. Ssodius remittit ad Herbajum. Hic fluctuat, nec quid certi suggerat, habat in *d. c. p.* 13. §. 19. Ego oullus dubito, quin mulier ut sui juris consideranda sit. Cum enim nullius eucteritatem, nisi maritalem, matrona major annis 25. agoescat; hac deficiente, non potest aliter quam soluta et libera eurse adspici. Ut mariti curatori subjiciatur, ipsi Herbajo absurdum videtur, de inspectore λογος ουδεις et Herbajus proponit, nihil definit. Ergo nihil prae eo, quod diximus, reliquum. Nec aliter sentire visi Curiae Supremae Domini, cum Juris Consulto cuidam, dignitatibus functo, consilii prompto et callido, de quo haud inepte cives sui dicebant, eum omne consilium insumpsisso aliis, ut nihil sibi retiouisset; cum huic bonis interdietum et curator datus esset, de uxore ojus actum. Erat illa rebus suis gerendis haud quaquam apta, oec tamen prodiga vel insana. Curatorem mariti nihil in eam juris habere, pro certo erat. Igitur persuasum ei, ut ipsa curatorem eumdem, quem maritus acceperat, quasi ob mentis inopiam, peteret. Si cousilio valuisset, sibi relicta fuisset, quemadmodum fit de uxeribus furiosorum et prodigorum. Nec obstat ratio Herbaji. Potestas sive Cura maritalis, est io utilitatem mariti, et jus commodumque matrimonii, quod ideo retinet, quamdiu matrimonium durat: et sic maritus mioor impedire poterit uxorem contrahentem, vel coget adhibere consensum; prodigi autem viri et furiosi curator, jus ejus hac parte custodiet. Responde; curam mariti esse jus commodumque matrimonii, si vir ejus sit capax, si noe sit, oura nulla est, ideoque jus ejus et commodum aeque erit τῶν μὴ ὄντων. Ioferius idem ratione ot exemplo rei judicatae patebit amplius.

8. Secundo cessat haec cura, per conventionem anteuuptialem, qua vir potestati suae in bona uxoris renunciat, vel, quod idem, liberam administrationem uxori permittit, quod fieri posso, jam dietum est ad *tit. de Pact. Dotal. n.* 4. et firmatur ab Herbajo nostro *d. cap.* 13. *n.* 10. quia nec bonos mores neque jus publicum ea re laedi, patet inde, quod apud veteres haec potestas in bona uxoris inusitata et incognita fuit, adeoque maritus de suo jure tacitum remittit. Verum an post contractum matrimonium illa renunciatio fieri possit, merito dubites; quia cum hoc jus ad commodum mariti pertineat, ut dietum, et omnis remissio lucrosa inter virum ot uxorem sit prohibita, renunciatio potestatis hujus in speciem donationis incideret. Verum quia haec renunciatio pactis anteeuptialibus saepo, fit salva communione redituum et acquaestuum, ac ita sine damno pecuniario, qua vir etiam saepe constante matrimonio, in causis

* Non tenetur in Saxonia, si dotem et bona illata repetat, ne quidem de Gerads in subsidium, *O. P. S. tit.* 43. §. *und weil hierbey.* Carpzov. *P. II. Const.* 14. *def.* 62. secus est si Morgengabam et Gibaria *das Musatheil* perceperit, *d. O. P. S. tit.* 43. §. *und weil. hierbey.* Carpzov. *P. III. C.* 36. *def.* 9. Vidua, quae portionem statutariam accepit, aere alieno postea emergente, pro rata tenetur. Carpzov. *P. III. c.* 20. *def.* 46.

singularibus abstinet, aut desistit ab auctoritate sua, ut mox intelligemus; hinc si communione salva, renunciet administrationi curaeque suae, nihil donationis exercere videtur: possunt enim separari communio et auctoritas; ut vir, illa salva, hanc omittat aut amittat; quemadmodum saepius accidit, ut communione salva, vir tamen auctoritatem retineat, hactenus ut sine ejus consensu mulier alienare, vel obligare se, aut in judicio consistere non possit; quod usu venit in maritis obaeratis, qui, ne uxores oneribus suis implicent, bonorum separationem instituunt; qua facta, mulieres ex aere alieno ab illis contracto non tenentur; reliquas tamen auctoritatis partes, quibus specialiter renunciatum non est, quominus retineat, nihil obstat.

9. Tertio finitur cura mariti, finito matrimonio, praeter mortem; per adulterium, et malitiosam desertionem alterutrius, si pars innocens jure suo in animum induxerit uti; qua de re diximus *ad tit. de Divort.* An etiam per separationem quoad mensam et thorum quae dicitur? Ita, si per judicem approbata maritoque imperata sit; ideoque hic modus ad *interdictionem* judicis referendus est, qui proinde *Quartus* est modus.

10. Causa interdictionis, primo est eadem, qua viro suis propriis bonis interdicitur, et qua fit prodigus; etsi hic modus jam comprehensus sit inter casus, quibus ipse curae subjicitur. Sed quando uxori ob viri saevitiam, aut importunos et intolerandos mores, seorsim habitare suasque res agere permittitur, hoc ipso curam et administrationem viro competentem cessare, manifestum est. Nec dubium, quin etiam fieri possit interdictio maritalis curae, sine separatione habitationibus, et sine interdicto a propriis bonis, si vir aut propria bona non habeat, aut manifesta consilii inopia, nec minore temeritate res uxorias administret: qua de re deliberatum quidem in curia nostra, decretum nihil memini, licet fieri posse non dubitaretur. An hoc solo, quod maritus ad inopiam vergit, a cura rei uxoriae removeri possit, dubitatum est; dotem ea hac causa jure civili repeti posse, diximus ad *tit. Sol. matrim.* unde procul videtur haec consequentia; si dominium rei dotalis marito auferri queat, eundem ea eadem causa facilius a cura removeri. Negat tamen hanc consecutionem Herbajus *d. cap.* 13. §. 10. quia *Societatis ratio postulet, ut fortuitorum eventus utrumque conjugem aequo onere premat. Mox, si ex aequo dispendii partes ferant, patet, quae de dote constituta sunt, huc non facere; cum jure civili id actum sit, ut ea salva esset, lucri damnique expers.* Quanquam Herbaj ratio ad communionem, non ad curam spectat conjugalem, non est tamen ab ejus sententia recedendum, solam paupertatem adversamve fortunam non esse caussam removendi maritum a cura uxoris, per ea, quae de tutore ob hanc causam removendo diximus ad *tit. Inst. de susp. Tut. in fin.* Verum si paupertas ea imperitia, temeritate, pervicacia, ut saepe accidit, oriatur; denique si paupertas sit ex aere alieno multiplici, ante matrimonium conflato, uxoremque celato, unde ipsa per curam et administrationem mariti creditoribus et executoribus obnoxia intricetur, non est recusandum, quin et separationem bonorum mulier et cessationem curae maritalis impetrare possit, ac *ita servatur.*

11. Sequuntur casus certi, quibus cura maritalis non habet usum, quorum aliquos habet Sandius *d. tit.* 4. *defin.* 4. *lib.* 2. Nos primum casum ponimus late patentem. Quoties vir se non gerit ut curatorem, sed prae se fert contrarium, quod eum facere posse, non est dubium. Si enim a cura maritus in universum desistere potest, in singulis actibus id ipsum facere posse, necessarium dictu est. Nostra quoque Statuta *d. tit. lib.* 1. *art.* 1. id indicant his verbis. *Viri in hac provincia si gerentes ut curatores uxorum suarum etc. Haer dragende als voogden, ens.* Possunt igitur se gerere ut curatores, possunt etiam secus. Et quidem curatoriam qualitatem satis aperte negat vir, quando mandatum uxoris praefert, vel etiam cavet, illam, quod egerit ipse, ratum esse habituram, quae cautio supplet defectum mandati, nec habet locum, nisi in eo, qui se mandati indigere fatetur. *l.* 12. §. 1. *D. Rem. ratam haberi* ut Sandius etiam docet *lib.* 1. *tit.* 2. *def.* 2. *vers. Haec ita procedunt.* Ideoque miror, hanc speciem eum non recensuisse inter exceptiones, quas data opera enumerat in *lib.* 2. *tit.* 2. *def.* 4. Atque hanc rem certi juris, si animadverterent scriptores instrumentorum, quibus se vir, pro se et uxore aliquid agere profitetur, non tam facile cautionem de rato maritorum qualitati adjicerent; dum hi plerumque nihil minus cogitant, quam ut juri curatorum in rebus uxoriis abstineant, quod nec Herbajus noster animadversione sua intactum reliquit. *d. cap.* 14. §. 9. Estne igitur necesse, ut maritus qualitatem curatoris aperte prae se ferat, ut si vir et uxor pariter in actis commemorentur, pari jure censeantur? Non videtur. Est enim vir uxoris curator, si nihil aliud prae se ferat, ac ita Curiae nostrae visum in causa *Johannis Duringii Appellantis, contra Philippum Boshusium. d.* 5. *Jul.* 1642. Hic retractum instituerat pro uxore sua qualitate curatoris; ad retractum autem praecise mandatum in judicio exhibendum est; at quia curator non eget mandati, *l.* 23. *de Administrat. Tut. et Cur.* hoc a maritis nomine curatorio agentibus non requiritur. Appellans.

nec mandatum nec curatoriam qualitatem adesse causatus, retractum non jure factum contendebat. Sed aliter judicatum. Si quis roget, quid intersit, quoad effectum; dic, si mandatum praetulerit, nec habeat mandatum maritus, aut si de rato caverit, mulierem invitam non teneri, sed virum in id quod interest alterius, quod mulier non accesserit contractui, teneri, quemadmodum in similibus semper juris est. Non potest enim non teneri ad id quod promisit. Nihil igitur potius est, quam ut vir sine uxore contrahens praefarat suum nomen, et curatorium uxoris respectu, vel pro se et uxore se agere dicat. Quaesitum aliquando, cum vir ita dixisset: agere se pro se et uxore, cum negotium ad uxorem solam pertineret, an totum pro illa subsisteret. Videbatur non posse, cum sibi partem adscripsisset, quae cum esset inutilis, uxori accrescere non poterat, quia jus accrescendi cessat in contractibus. *l.* 110. *in pr. de V. O.* Judicatum tamen apud Nautam reperio, in praedicta causa *Duringii contra Bushusium*, valere quod actum esset pro uxore totum, etsi vir pro se et uxore retractum instituisset, cum mulieri soli ratione sanguinis conveniret; vel quod haec verba, *pro se et uxore*, duos quasi reos in solidum constituebant; quorum altero sublato ut inutiliter adjecto, alter tamen supererat; vel quod verba *pro se*, hoc modo possent accipi, quatenus viri auctoritas ad uxorium actum erat necessaria; licet effectus rei in hanc solam redundaret.

12. Haec observatio, quod vir non sit curator uxoris, quando eam prae se non fert, evidenter probat, * id quod alias et aliquoties probavimus, hic etiam *n.* 7. uxorem non egere curatoria ad litem, quando cum viro litigat, aut quando juxta virum, se non gerentem ut curatorem, res agit; vel denique, cum viro aliquid rei licitae contrahit. Qua de re extat Curiae nostrae judicium in tali specie. Mulier solers viro tardiori nupta, cum eo pacta erat, ut suis bonis singuli fruerentur, neque hactenus erat notabilis differentia, ut citra donationis speciem facile subsisteret. Praeterea placuerat, ut negotiationem, qua victum exercebant, cui vir erat impar, mulier sola curaret, lucrumque et damnum inde proveniens ipsa perciperet aut ferret; vir ad sustentationem familiae mediocrem pro rebus ipsorum pecuniam conferret. Mariti haeredes deinde conventionem illam oppugnabant, cum, quod mulier ea ratione se per commercium locupletasset, tum quod in ea conventione nullum habuerat curatorem. Curia tamen contractum approbavit, in *causa Annae Ruitenburg, contra Hiltiam Harings. d.* 20. *Dec* 1678. Unde resultat duplex observatio, illa, quam diximus, *Quando mariti auctoritas cessat, mulierem alii curae non subjici*, et quod conventio habens incertum proventum lucri, et damni, quanquam spe lucri facta, non sit habenda pro donatoria, licet eventus lucrum attulerit. Quod tamen an semper et indistincte obtineat, ex rebus et personis, et consilio partium, videtur esse dijodicandum.

13. Secunda exceptio adhuc frequentioris usus est, quando mulier contrahit de rebus ad oeconomiam spectantibus, Grot. *d. lib.* 1. *c.* 5. *sub fin. tot. de Huys-houdinge*, ajunt Statuta nostra. Huic enim curae a viro praeposita intelligitur. Continet autem vocabulum illud quotidianas familiae necessitates, maxime, quae ad victum et amictum et supellectilem pertinent, cum temperamento etiam, ne modum excedat, habita ratione dignitatis et opum mariti, boni viri arbitratu, ut monet Herbajus *d. cap.* 13. *n.* 20. et Sandius *d. decis.* 4. *vers. secund.* Ut *eatenus*, inquit ille, *detur actio, qua creditum est in iis, quae quotidie alendae familiae sunt necessaria. Nam ut millia aut centena mutuo sumat, nemo neget, praeter mentem legis esse, sicut et si non necessario emat in diem, mox ea distractura argento praesentario.* Laxius tamen hac in parte viri boni illud arbitrium sit oportet, ne ad sola necessaria restringas. Quin posse mulierem, ignaro marito, emere supellectilia satis notabili summa pecuniae, etsi brevi postea per actionem rursus vendita sint, judicatum esse a Curia in causa *Tryntje Gysberts* contra *Drem Ten Hove*, testatur Saekma *not. ad d. tit.* 2. *art.* 1. *ante ferias Quadragesimae* 1619.

14. Tertius casus particularis exceptus, est, *si mulier cum viro publicam exerceat mercaturam*, contractus eo spectantes, etiam sine viri consensu notitiaque, valent, Grot. *ibid. Stat. Fris. d. tit.* 2. *art.* 2. Herb. et Sandius *ibidem*. Hanc exceptionem merita est feminarum Inferioris Germaniae industria, ut etiam viros suos ex hac et praecedente causa occupare possint, non quasi ex auctoritate, sed jure communionis, et tacitae praepositionis a viro factae; quae docet, utroque casu virum uxori, commercium ratione oeconomiae et commercii publici, interdicere posse, modo interdictum publice promulgetur, alioqui tertio non praejudicat. *arg. l.* 11. §. 2. *de Institor. act.* Quod si mulier sola, viro aliis rebus, aut otio dedito, mercaturam

* Quae tamen omnia aliter obtinent in nostra Saxonia. Scilicet adeo est necessitatis, feminam in Judiciis habere Curatorem, ut non habenti tam ad agendum, quam ad defendendum, a Magistratu ex officio constituendus sit. *P. II. C.* 15. Si etiam mulier cum alio contrahat, sed in Mariti favorem, curatore indiget, ut supra monitum. conf. *O. P. S. E. Noviss. T.* 8. §. 6 *p.* 68.

exerceat, idem juris est, ut recte Herbajus *d. loco.* et quidem tanto fortius eo casu, quod ejusmodi matronae rei pecuniariae dominae, saepe maritos uxorum instar, ut docet usus, habent; fere ut in exemplo modo relato evenerat. Quarto; si maritus pro auctoritate curae volet inire contractum inutilem atque damnosum uxor contradicendo suamque contradictionem alteri insinuando, potest efficere, ne per curam viri teneatur, qua de re vide quae diximus ad *tit. de Societate Parte II. pag.* 480.

15. Similis ei est casus, quem *sexto numero* ponimus; si maritus id, quod mulier utiliter et ex re sua gessit, ratum habere nolit, aequum est, judicem auctorem fieri, sine praejudicio mariti. Sand. *d. decis.* 4. *vers. Quintum.* Ejusmodi quoque subsidiariam auctoritatem judex adhibere potest, si maritus diu vel procul absit, et necessitas urgeat contractum aliquem impleri. Sand. *ibidem vers. Quartum.* Sed absentia mariti longinqua, per se mulierem non subducit ejus curae, nec facit habilem ad contrahendum, vel judicio experiundum, certe non ita, quominus vir reversus id auctoritate sua rescindere possit. Sed tertius non potest recusare litem cum muliere contestari, vel negotium cum illa sola contractum implere; si modo caveatur ei, maritum rem ratam esse habiturum, ut Sandius tradit, et judicatum refert in *lib.* 1. *tit.* 5. *def.* 1. Sine ejusmodi cautione, mulier non potest alium in jus vocare, aut celebrare contractum, etsi mariti absentia copia nullo modo haberi possit, ut judicatum in causa N. N. *contra Alexandrum Sanders. ante Natal. Chr.* 1680. etsi causa agendi ex facto rei, absente marito, nata esset, et mulier laesa videretur. Secus tamen placuisse Curiae, si vir tam diu peregre abfuisset, ut, num viveret, an mortuus esset, ignoraretur, modo relatum, et judicati exemplo confirmatum est.

16. Septimo, auctoritas et cura mariti non obligat mulierem, in causis mere personalibus, quae marito soli conveniunt; qualia praeter maleficia, est fidejussio, quando vir pro alio intercedit. Ex hac causa viri potestas in uxorem eam non complectitur, quia lege factum est, ne mulier ullo modo ex fidejussione teneatur, quae proinde per maritum eam implicari, in fraudem legis foret, idque ita communiter tenent, et apud nos servatur, ut diximus *ad tit. de Societate n.* 6. ubi et rationem reddidimus, cur mulier ex tutela tempore matrimonii administrata, licet illa mulieri quoque non conveniat, teneatur, et latius in *Ausp. Domest. pag.* 25. *et seq.* In populis, quibus est societas universalis ipsorum bonorum, ne quidem fidejussiones viri, quominus hae uxorem teneant, excipiuntur; ac ideo Groenewegius *ad tit. C. Ne ux. pro Mar.* et Rodemburgius *tract. de potest. Marit. tit.* 2. *c.* 1. *n.* 8. 9. *et* 10. Sandium negant audiendum de fidejussione. Quid enim ille? *Mulier de fidejussione viri non tenetur*, ait, *quia fidejubere quodammodo est perdere et donare.* At illi tenent, mulierem quoque de viri donationibus teneri. Quid tu? Ratio quidem Sandii minus forte apposita est, ut nos *d. loco.* At de donationibus viro factis, sic habendum: modicae fiunt communes: magnae penes eum maneat, cui factae sunt, ut probavimus ad *tit. de Societ. n.* 7. *part. praec. p.* 477. Eodem modo donationes viri modicae, ad onus commune pertinere videntur, majores ad virum solum *arg. l.* 10. *de R. J.* Hactenus enim valet ratio: donare tantumdem esse ac *perdere*, quod sane administrationis et curae facultatem excedit.

17. Octavo, dicamus non esse opus mariti auctoritate, quoties obligatio ex Re venit, *arg. l.* 46. *de O. et A.* hoc est, quoties ipsa res et aequitas manifesta secum fert obligationem, ut si quia impensas fecerit in rem uxoris, ex communione, quam habet cum alio, et ex solutione indebiti. Herbajus *d. cap.* 13. §. 14. *ex quasi contractu*, ait, paulo laxius quam ratio ferat; quia ex negotiorum gestione *activa*, aut ex haereditatis aditione, quae res facti sunt, non potest sine viro mulier obligari, nec alium ad divisionem provocare. Sed delicta recte ad obligationem quae ex Re venit referuntur. *pr. I. de Oblig. ex. del.* Ideoque mulier poenam pecuniariam, inscio viro, committere potest. Herbaj. *d. cap.* 13. §. 15. Sand. *d. Decis.* 4. *vers.* His adde.

Non habet locum maritalis auctoritas, ut nec curatorum aliorum, in ultimis voluntatibus; etsi apud quosdam populos secus obtineat. Tiraquell. *ad LL. Connub. gl.* 5. *n.* 93. *et. seqq.* Chassanae. *ad Consuet. Burgund. tit. de Jur. Conjug. Rubr.* 4. verb. *Ni aussi par testam.* Quoniam autem donatio mortis causa per omnia ad similitudinem ultimarum voluntatum est redacta, teste Justiniano in §. 1. *Inst. de Donat.* nihil est causae, quare et illam uxori facere non liceat, absque respectu ad mariti auctoritatem, modo rem ea vivo, vel manente conjugio, non tradat donatori, ut mortis causa donantes facere posse, notum est ex *l.* 2. *de Donat. m. c.* Ac ita recte statuit Herbajus *d. cap.* 13. §. 17. aliique citati a Sandio *d. Decis.* 4. *sub fin.* qui tamen sequi maluit Antonium Fabrum dissentientem, eo quod donatio mortis c. fiat per acceptationem, adeoque per conventionem ad instar contractus. Nam modus ille faciendi donationem non eximit eam ultimis voluntatibus, earumque naturae et proprietati, quae talis est, ut cum societate vel

auctoritate maritali nihil habeat commune, cum in id tempus, quo vir et uxor amplius non sunt, differatur. *l.* 10. *de Donat. int. Vir. et Ux.*

18. Superius ad verba Grotii marito dantis aliomodi res uxorias potestatem, diximus, id ex delata cura et administratione concessa non sequi, ac ideo nostratibus ita recte videri, maritum non posse res uxoris immobiles, ipsa ignara, alienare. De mobilibus nihil in hac cura diversum ab aliis curatoribus, quibus in his nihil praejudicatum est, statuendum videtur, ut *ad tit. de rebus eorum, qui in Tut. vel Cur.* videbimus. Vellem idcirco, Herbajus et Sandius nostri in locis, ubi de hac parte maritalis potestatis agunt; hujus necessariae distinctionis meminissent: nec ille ita scripsisset, *quod maritus bona uxoris, quaecunque ea sunt, distrahere non possit, ea remittendo. d. cap.* 13. §. 6. Iisdem fere verbis et aeque indefinite, Sandius in *d. lib.* 1. *tit.* 4. *def.* 2. docet, maritum quaevis uxoris res administrare, sed non posse alienare, nec ulla verbo secus in mobilibus esse, monet lectorem. Tu tamen ita velim existimes, id eos a lectore juris gnaro, per se facile intellectum iri credidisse, praesertim cum ad jus civile, quo res non habet dubium, se referant. Nos tamen id supervacuum, quod meneretur, non putavimus. Praesertim quia res haec alias habet juris consequentias entatu non indignas, veluti cum quaeritur, an vir alienare possit obligationem uxoris, eamque in alium transferre per cessionem, sine ejus consensu, non est res immobilis, sed neque mobilis; verum quia sic obtinuit et receptum est, ut obligationes, cum de totis patrimoniis quaeritur, mobilium jure censeantur, magis est, ut vir hanc potestatem solus, sine mulieris consensu habeat, ac ita jam olim a Curia judicatum est, *in causa Thomae Alles, contra Livium Feyes. ante ferias Natal.* 1624. Atque haec res ab usu praesenti temporum non abhorret, maxime quia nihilo plus est in ejusmodi cessione, quam est in actione pecuniae foenebris uxoriae, et apocha debitori data, quam potestatem maritus habet sine dubio, ut quam Sandius atque Herbajus in *locis citatis* ei adscribunt. Plus *ἀναθεωρήσεως* est in eo, quod Nauta refert esse judicatum super hac specie. Titius Cajo vendiderat haereditatem uxoris, ipsa ignara et invita, consistentem in superficie rustica fundo conducto imposita et quibusdam mobilibus, instrumento rustico, et supellectilibus. Uxore dein revocante res suas, aut ejus haerede, Curia censuit, ait Nauta, virum habuisse jus, illas res ita sicut instituerat, vendendi, *in causa Petri Antenii cum sociis, contra Aggaeum Petri cum sociis, d.* 26. *Octob.* 1612. Quod ad res mobiles attinebat, nihil erat ambigendum. De superficie movit hoc sine dubio; quod dominium ad superficiarium non pertineat, sed ad dominum fundi, superficiarii jus desinit in petitionem taxationis, finita conductione, per actionem personalem et hypothecariam, ut expositum est ad *tit. de Loc. Conduct. capite de Ædificiis Rusticis et Taxationibus.* Adeo ut talis juris venditio, magis sit cessio juris pecuniarii, quam alienatio domus, quae seorsim a conductione fundi non habet usum alienationis. Non est tamen haec res adeo liquidae considerationis, quam *Decisio praecedens.*

19. (b) Ad locum de Tutoribus in genere spectat adhuc observatio, quid sint actor, administrator, adjutor, et notitiae gratia tutor datus, quorum in positionibus obiter meminimus, et de quibus heic latius agere supersedemus, post ea, quae plane meum de illis dicta sunt *part.* 2. *Digress. lib.* 4. *c.* 27. Summa huc redit. Actor est, qui certis pupilli negotiis a tutore impedito, ipsius periculo per magistratum praeficitur. *l.* 24. *de Administr. Tut.* Administrator, qui tutori ad universas pupilli res, a magistratu, ob senium aut valetudinem adjungitur. *l.* 13. *pr. de Tutel.* Adjutor, quem ipse tutor sibi petit adjungi, ob eamdem rationem. *d. l.* 13. §. 1. Tutores notitiae gratia, erant homines tenuiores, qui ob notitiam rerum domesticarum praecipuis tutoribus adjungebantur, ipsique erant tutores quidem, sed absque administratione. *l.* 14. §. 1. *et* 6. *de Solut.* Plura vide, inquam, *in d. cap.* 27.

TIT. II.
DE TESTAMENTARIA TUTELA.

I. Remissio, et Quaestio de Origine hujus Tutelae explicita. II. Responsa ad objectiones de Tutore dando exheredato. III. Quid moribus.

(a) Divisio tutelae triplex, in testamentariam, legitimam et dativam, singulaeque species, quantum ad fundamenta paratitlaria opus est, apud *Institutiones* absoluta fuit: proinde, nisi quid observationis occurrat peculiaris, heic commemoratione Rubricarum defungi liceret. De

(a) *Pos.* 2. 3. *et* 4.

testamentaria tutela difficilis occurrit quaestio; nam fundamentum ejus est patria potestas. §. 3. *Inst. de Tutel. l.* 1. *in pr. h. t. Lege XII. tabularum*, ait Gajus, *permissum est parentibus, liberis suis ... si modo in potestate sint, tutores testamento dare.* Atqui verba XII. tabularum haec fuerunt: *Paterfamilias uti super pecunia tutelaque rei suae legassit, ita jus est*, teste Ulpiano *tit.* 11. §. 14. Cicerone *de invent. l.* 120. *V. S.* juncta *l.* 53. *de V. S.* Quae verba cuilibet testatori dant hanc potestatem, non soli patri. Quamobrem Serranus ad *lib. XI. Platonis de LL.* auctor est, alia fuisse in XII. tabulis verba, quibus tutela ex patria potestate deduceretur, hujusmodi: *Parentibus tutorum liberis in potestate, dandorum jus esto.* Verum haec verba a Serrano conjecta esse et ficta, satis constat, cum nusquam antiquitatis reperiantur. Quomodo igitur Gajus illa interpretatus est? Pomponius rationem reddit in *d. l.* 120. *de V. S. Verbis Legis XII. Tabb. Uti Legassit etc. latissima potestas tributa videtur ... tutelas constituendi etc. Sed id interpretatione coangustatum est, vel legum, vel auctoritate jura constituentium.* Necessitas interpretationis fecit, ut jurisconsulti et leges secutae, verba legis XII. ad patriam potestatem restringerent. Quia, cum tutela sit jus in personam pupilli, id a nemine, quam ab eo, qui personam in potestate habet, stabiliri potest. Testator qua talis, non nisi de pecunia tutelaque respectu pecuniae disponere potest. Hinc duplicem tutelam juris conditores elicuerunt, unam per interpretationem, quae proprie tutela fuit, in personam pupilli. Alteram ex nudis verbis, ad bona spectantem, de quibus speciebus actum a nobis *ad tit. I. de Tutel. n* 3. *pag.* 62. *et* 63. quibus adde quae dicta sunt *lib.* 3. *Digress. cap.* 3.

2. (b) Inter propriam et improprie dictam tutelam testamentariae speciem, hoc inter alia discrimen traditum est, *d. n.* 3 Quod tutor improprie datus, non nisi pupillo haeredi instituto dari possit; proprie testamentarius etiam exhaeredato, quod tamen hodie non habet usum, nisi vel exhaeredatio bona mente facta sit, ut fieri posse, docet inter plures *l.* 18. *de lib. et post. haered.* vel si puer praematura malitia caussam ingratitudinis contraxerit, quod vix habet facultatem. Sed haec sententia, quod pater etiam liberis exhaeredatis, jure patriae potestatis, tutorem dare queat, aliquot objectiones patitur satis notas, quae brevissime commemoratae sunt in *d.* §. 3. Sed responsiones ibi desiderantur, easque in hunc locum ibi condiximus, ergo heic necessario sunt collocandae. Objectiones petuntur ex *l.* 73. §. 1. *de R. J. l.* 53. *pr. de V. S. l.* 26. §. *f. h. t.* In *l.* 73. §. 1. *de R. J.* Ita scriptum est: *Nemo potest tutorem dare cuiquam, nisi ei, quem in suis haeredibus, cum moritur, habuit, habiturusve esset, si vixisset.* Atqui exhaeredatus non est suus haeres. Responsio simplex est haec; suus haeres in *d.* §. 1., intelligitur, qui ordine legitimo et ab intestato talis est futurus, *si vixisset*, non eventu testamenti inspecto. Secunda objectio ex *l.* 53. *de V. S.* sic inducitur. Tutor separatim sine pecunia dari non potest. Ergo tutor dari non potest, nisi cui pecunia data est; atque ita non potest exhaeredato. Resp. Sensus illorum verborum sic est, pater non potest tutorem dare testamento, nisi de pecunia simul disponat, id est, haeredem eodem testamento faciat; non utique filium, cui tutorem dat, necessario, sed dumtaxat, ut aliquem haeredem instituat, neque de tutela sola disponat. Tertia Objectio. Tutor, qui a magistratu confirmandus est, non jure datus censetur, *l.* 1. *de Confirm. Tutor.* Atqui tutor exhaeredato datus, a magistratu confirmandus est. *l.* 26. §. *ult. h.* Resp. Confirmatio, quae illic adhibetur, non fit, ut datio tutoris testamento facta confirmetur a Magistratu, sed quia tutor testamentum, in quo datus est, per querelam inofficiosi rescindere parat. Ex quo idem idcirco qualitatem tutoris in ista lite petere non potest. Propterea litis ordinandae gratia, petit se a magistratu interim confirmari, ut quasi tutor litem inofficiosi pro pupillo agere possit.

(b) *Pos.* 4. 5. 6. *et* 7.

3. Moribus hodiernis, postquam jus illud excellens patriae potestatis, apud plerasque gentes ab usu recessit, tutores omnes videntur ut improprie dati testamento considerati, quia indistincte confirmantur a magistratu. Adeo ut e testamento non jure facto, tutor datus tamen si confirmandus, ut Scabinos Lipsienses respondisse, testatur. Bekman. *ad h. t. n.* 26. Imo, licet haereditas non sit adita e testamento, tutoris dationem valere, censet Groenewegius ad *l.* 10. *h. t.* ubi Jctus contrarium respondet de tutela testamentaria proprie dicta. Ratio usus hodierni est, quia licet testamentum non valeat, ut haereditas inde petatur, valet tamen ad voluntatem testatoris significandam in rebus, quae solennitatem juris non desiderant, ut exemplo videre licet *in l. ult. De rebus eorum qui sub Tut.* Verum in locis, qui jure scripto, quatenus Statutis non est abrogatum, utuntur, ut in Frisia, nihil caussae video, quamobrem juri civili non sit standum. Plane tutorem in testamento imperfecto vel destituto datum, volentem posse confirmari, nemo dubitet; invitum nego; nisi magistratus illum ex officio, tanquam dativum constituerit.

T I T. III.

DE CONFIRMANDO TUTORE VEL CURATORE.

I. Causa confirmationis Tutorum. II. Modus confirmandi. Legitimos Tutores non confirmari. III. Sintne confirmati Tutores Dativi, an Testamentarii. IV. De Curatoribus confirmandis quid Moribus obtineat.

Tutores testameotu jure dati, *immediata* vi datinois testamentariae fiebant tutores, protinus simul *atque aliquis haeres extitisset. l. 7. de Testam. Tut.* Nec enim haec res impedit, quominus tutela immediate e Testamento valeat, non magis quam legata dominium ipso jure transferre impediuntur, eo quod ab haereditatis aditione pendeot, *arg. l. 9. eod.* juncta *l. 64. in fin. de Furt.* Tutor igitur vi patriae potestatis in testameoto jure facto datus, nulla eget confirmatione. Sed omnes reliqui, in quibus aliquis juris defectus argui potest, confirmandi sunt a magistratu *l. 1. h. t.*

2. (a) Modus confirmandi est, ut fiat vel simpliciter, vel eodem modo, quo magistratus aliqui dant tutores ex officio. Simpliciter fit confirmatio, quando pater non jure dedit tutorem, veluti filio emaocipatu, vel in codicillis testamento non coofirmatis, aut verbis precativis *d. l. 1. et l. 3. h. t.* Si vero mater aut extranei dent tutorem testamento, confirmatio sit per inquisitiooem, vel per satisdationem. Priore modo per magistratus majores, posteriore per minores. *l. 5. h. t.* Quanquam et circa tutores a patre non jure datos, quaedam causae cognitio vertatur, an duraverit patris voluntas; num qua tutoris ignorata morum emerserit improbitas, aut inimicitiae cum patre pupilli exarserint, vel damnosum aliquem eum fisco contractum inierit. *l. 8. et seqq. h. t.* Ita ut praetor ultimam potius quam primam patris voluntatem, imo utilitatem pupillorum magis, quam scripturam testamenti sequatur. *l. 10. hic.* Caeterum, ad legitimos tutores non pertinere confirmationis supplementum, omnes hujus tituli leges, quae de solo tutore testamentario loquuntur, indicant, ut et situs Rubricae, quae est ante legitimos tutores. Ex cujus tituli exegesi idem mox intelligetur.

3. (b) Est hujus loci quaestio, quam ad naturam confirmationis pertinentem, praetervehi non licet. Cum tres sint tutelae species, testamentaria, legitima et dativa, nec ad legitimam confirmatio spectet, novamne speciem confirmata faciat, an referenda sit ad alterutram duarum. Nihil erret, opinor, qui propriam statuat speciem confirmatam, quasi mixtam e testamentaria et dativa. Cum utriusque, testatoris et magistratus, factum in ejus perfectione concurrat: ut tamen, nisi fallor, magistratus factum magis ad τὸ τί εἶναι, *ad essentiam*, quam testatoris pertineat, ut si ad alterutram speciem redigi deberet, potius ad dativam referri posse videretur. * Rationes sunt hae, testamentarius tutor is demum appellatur, qui jure datus est in testamento. *l. 3. §. 1. de Testam. Tut.* Sed qui confirmantur, ideo magistratus officium requirunt, quia non sunt jure dati. *l. 6 h. t.* Secunda ratio; tutores testamentarii protinus e testamento proficiscuntur, et simul ac haeres aliquis extiterit, sunt tutores. *l. 7. de Testam. Tut.* Sed confirmatus tutor fit demum tutor ex decreto confirmationis a magistratu interposito, et ante confirmationem non est tutor, ut docet Modestinus in *l. 13. §. 12. de Excusat Tut.* ubi tradit, tutorem ab alio quam e patre testamento datum, non excusare se, nec ei currere tempus, quo tutores dati, si nolint esse tutores, excusare se debeant, quia *ipso jure non sunt tutores*, antequam confirmentur. Ex quibus rebus apparet, causam, qua tutor aliquis immediate constituitur, esse factum magistratus, hoc est dationem, ac ita nihil esse potius, quam hunc tutorem esse dativum testamentaria qualitate temperatum.

4. Rubrica meminit etiam curatorum confirmandorum. Sed in his non obtinet distinctio causarum, e quibus confirmentur. Omnis enim curator testamento non jure datur, etsi a patre datus sit filio, quem habet in potestate, ideoque generaliter omnes sunt confirmandi. *l. 1. §. ult. h. t.* Quod etiam moribus hodiernis sine dubio

(a) *Pos.* 1. *et* 2. (b) *Pos.* 3. 4. 5. *et* 6.

* Unde haud absurda est sententia affirmantium, omnem tutelam hodie certo modo esse dativam, licet magistratus commendationem testatoris aut legis, absque justa causa haud facile negligat. Ista autem confirmatio publica Imperii lege est sancita *Rec. Imp. de A.* 1577. *tit.* 32. §. 2. *Dass ein jeglicher Vormunder, er sey gleich in Testament-weis verordnet, oder durch das Recht, oder Richter gegeben, sich der Vormundschaft nicht unterziehen soll, die Ver-waltung sey ihm denn zuvor durch die Obrigkeit decernirt und befehlen* Conf. *Leipziger Vormundschaffts. Ordnung* §. 2. et 3. j. *O. P. S. E. Noviss. T.* 8. §. 1. *p.* 68.

servatur. Idemque ad ipsos tutores generaliter productum, eo quod discrimen tutorum et curatorum in usu temporum atque Fori penitus obsolevit; ut jam indistincte curatores tutoresque passim a magistratibus confirmari videamus: idque eo magis ad rem pertinet custodiri, quod omnino omnes tutores et curatores jurejurando fidem suam obstringunt, * quod Justinianus de curatoribus et tutoribus, quibus decreto celebrato committitur tutela, tradit in *Nov. 72. c. ult. Auth. Quod nunc C. de Curat. Fur.* Juramentum autem istud aliter, quam a magistratu, nec solet, nec commode potest exigi. (c) Plane sic usus hominum hac parte invaluit, ut sine confirmatione judiciali, nullus tutor auctoritatem suam exercere possit, unde confirmatio nostratibus *authorisatio* dicitur. plane ut omnes quasi tutores non summo jure dati, sicut antea dictum, considerentur et subjecti sint eidem inquisitioni, qualem ex *l. 8. et seqq. h. t.* commemoravimus. Idque nostris quoque Statutis satis est consentaneum. *lib. 1. tit. 7. art. 1.* Exceptis tamen parentibus utriusque sexus, qui non confirmantur a magistratibus.

TIT. IV.

DE LEGITIMIS TUTORIBUS.

I. Remissio ad Instit. II. Matres non esse Legitimas Curatrices liberorum. III. An etiam in Legitimis Tutelis inquisitio locum habeat. IV. Collatio Juris hodierni.

(a) De legitima tutela et quatuor ejus speciebus, totidem titulis in Institutionibus actum non agemus. Sufficit admonuisse, cunctas illas species jure novo aut abolitas, aut in unum esse conflatas, coalescente cum illis et quinta specie, quae est matrum et aviarum; de quibus cunctis valet regula, quod gradu primus, in tutela sit primus, ** gradu pares in hac quoque sint pares, *** manente nobis ex omnibus aptissimi electione, secundum dispositionem juris communis in *Nov.* 118. *cap.* 5. Curam non esse legitimam, nisi olim in furiosis et prodigis, *ad tit. Inst. de Curator.* dictum est.

2. (b) Unde satis constat, matres quoque non habere legitimam curam liberorum puberum, quemadmodum haec qualitas iis nusquam in jure tribuitur, sed tutricum dumtaxat *l. 2. et Auth. subjecta C. Quand. mul. Tut. off.* Quod moribus aliter ubique receptum est, per confusionem tutelae atque curae, quas iisdem quoque nominibus exprimi novimus, qua de re diximus ad *tit. I. De Curat.* Praeter hanc confusionis causam, haec etiam recte a Gailio profertur, qua tacito adultorum ipsorumque tutorum consensu, administratio ad aetatem usque legitimam continuetur. 2. *obs* 46. *n.* 2. Quod argumento est, si puberes non consentientes alium petere velint curatorem, hoc iis non posse negari; quemadmodum ex iis, quae ad *tit. de Tut. et Curat. dat.* paulo *inferius* dicenda erunt, amplius patebit.

3. Quod etiam de legitima tutela ipso jure, sine ullo facto hominis deferenda, dictum *in pr. tit. I. De Legit. agnat. Tut.* in usu fori non videtur esse receptum. Nec enim hodie proximiores semper, neque omnes, qui sunt ejusdem gradus, pariter ad tutelam vocantur, sed prout magistratui pupillari visum est, ut scribit ac probat Groenewegius *ad §. ult. Inst. De Cap. Diminut.* Jure Frisico hac de re cautum est hoc modo: *Si proximi cognati ad tutelam minus idonei, sive non qualificati deprehendantur, praetores sive magistratus, alias personas ad eam rem idoneas constituent et confirmabunt. lib. 1. tit. 7. art. 1.* Agnoscunt haec verba legitimam tutelam, et dativam non admittunt, nisi deficientibus idoneis cognatis; sed arbitrium qualitatis deferunt magistratibus. Sunt, qui jam olim lege Claudia constitutum tradunt, ut ne omnes tutelae legitimae ex Lege XII. Tab. immediate deferrentur, sed ut Consules, non servato agnatorum ordine, tutorem ex agnatis maxime idoneum eligere possent, contra quos disputamus in *l. 3. Digress.*

(c) *Pos.* 15. *tit.* 7. (a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 2.

* Non obstringunt sese in Saxonia. Vide quae *infra ad Tit. V. I.* hujus libri §. 2. notabuntur.

** Quaestio hic incidit, an mater vel avia, Avo paterno vel materno praeferenda sit, in *Nov.* 118. *cap.* 5. haud decisa. Ambigue, ut solet, loquitur Imperator. Videntur non praeferri, verbis: *omnibus a latere cognatis quoad tutelam praeponuntur*: immo videntur praeferri, verbis: *testamentariis solis tutoribus praecedentibus eas.* Optime adeo Ordinatio Tutoria Lipsiensis, civibus lex, aliis sane civitatibus eximium exemplum, §. 4. verbis: *ausserhalb des väterlichen Gross-Vaters wenn der vorhanden, und Vormund seyn wolte.*

*** In Saxonia agnatus cognato, et ex agnatis pari gradu Senior praefertur. v. notata *P. I. p.* 72.

cap. 4. tamen etsi non omne circa legitimos tutores officium magistratus cessavisse, quo constaret, utrum satis esset idonei vel secus, *ibidem* concessimus *n.* 4. *in fin.*

4. Forte nec plus nec minus, quam heic in Statuto nostro, traditur. Magistratus potest alios tutores constituere, si proximi non sint idonei, judicium hoc ad illos pertinet. Hinc duae conclusiones oriuntur. Prima, magistratus non potest extraneos eligere tutores, si non desint proximi ad tutelam *qualificati*, utcunque minus idonei quam forsitan inter extraneos reperiri possint. Secunda, minus evidens, quod inter cognatos arbitrium aptitudinis a judice exerceri possit, adeoque magis idoneus minus apto praeferri possit. Cum enim idem articulus det magistratibus tutoris constituendi potestatem, *secundum jus commune*, standum videtur jure civili, quatenus ei hac parte non est derogatum. Fit autem heic mentio *proximorum cognatorum*, ut hisce deficientibus aut non idoneis, alii constituantur. Ergo si proximi existant satis idonei, nec hi praeteriri, nec remotiores cogi posse videntur, ut τὸ plus et minus non variet speciem. Magis tamen est, ut usus et existimatio communis ita ferat, magistratus optimo pupillorum consulere, et eum, qui e propinquis maxime sit idoneus, eligere atque pupilli rebus praeficere posse: ac ita memini, inter partes nobilissimas placuisse Curiae, ut agnatus pontificiae religionis, in casu, quo alioqui lege non excludebatur, adfini reformato postponeretur. Etsi et alia ratio in illa causa accederat, quod eorum mater pupillorum ad secundas nuptias transiisset, quo casu non legitimae, sed dativae tutelae esse locum, alias probatum est ex *l.* 2. *in fin. C. Quand. mul. Tut. off.*

TIT. V.

DE TUTORIBUS ET CURATORIBUS DATIS AB HIS, QUI JUS DANDI HABENT: ET QUI, ET IN QUIBUS CAUSIS, SPECIALITER DARI POSSUNT.

I. Summaria Rubricae expositio. II. Tutoris dationem esse ex Lege speciali, remotis objectionibus. III. An tutor alias, quam qui danti subjectus est, dari possit. IV. Cur Magistratus minores cum satisdatione, majores cum inquisitione Tutores dederint. V. Invitos adolescentes non accipere Curatorem, remissive et summatim. VI. De Tutoribus et Curatoribus ad certos actus. VII. et VIII. De Tutoribus et Curatoribus extraordinariis ad totum patrimonium.

(a) Bimembris est Rubrica. Prima pars de tutorum et curatorum datione universa promittit agere, de qua titulus *Instit.* est de Attiliano tutore. Altera de utrisque, et eorum datione extraordinaria in casibus certis. Primus hic locus est, quo tutorum et curatorum mentio pariter facta sit, etsi ad *tit. de Tutelis* de hac comparatione aliquid occupatum, et aliquoties dictum sit, inter eos hodie nullum esse discrimen. Heic loci primo quod ad jus civile pertinet, indictum, exponemus. Dein positiones quasdam differentiarum inter tutores et curatores, quas nec hodie ab usu esse remotas putemus, collocabimus.

2. (b) Jus dandi tutores apud Romanos, non fuisse jurisdictionis ordinariae, sed a speciali lege pependisse, diximus ad princ. *tit. Inst. de Attil. Tut.* ex *l.* 6. §. 2. *de Tut.* et ex *d. pr.* ubi et aliquot objectiones removimus, et verba §. 4. *pro jurisdictione*, interpretati sumus, ut non possent excedere terminos jurisdictionis suae. Pari modo verba edicti praetoris in *l.* 3. *in pr. de postul. Cujus de ea re jurisdictio fuit*, de tutelae et curae datione usurpata intelligi debent, nec alia opus est responsione ad *l.* 3. §. 5. *in fin. Judic. solvi.* Quanquam ac Constantinus veterem differentiam jurisdictionis et potestatis ex lege speciali venientis, in animo habuerit, cum in *l.* 1. *C. de off. Praet.* ait: *Praetori defertur haec jurisdictio etc. tutoris dandi, curatoris ordinandi etc.* dubito. Magis est, ut omnem magistratus potestatem, undecunque delatam, promiscue appellet jurisdictionem. Plus scrupuli habet haec vulgaris objectio. Quidquid facere potest legatus proconsulis, id mandari potest; quia legatus nihil proprium habere dicitur, nisi cum ipsa mandata est jurisdictio. *l.* 13. *de Off. Procons. et Leg.* Quod autem mandari potest, id esse jurisdictionis ordinariae, constat ex *l.* 15. *eod. tit.* Responsio colligi potest ex eo, quod diximus ad *tit. de Off. Procons. et Leg.* cujus summa haec est. Mandatum proconsulis facere, ut sit legatus, non ut omnia faciat quae legatus facere potest, horum enim quaedam sunt ex lege speciali, nominatim tutoris datio. *l.* 1. *h. t.*

(a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 2.

3. (c) Verum quod diximus, verba legum, quae tutorem ajunt *pro jurisdictione* magistratus dari, hoc velle, quod terminos jurisdictionis suae excedere non possint, quantum ad pupillos attinet, nihil dubii habet: neque ratio fert, ut de tutoribus aliud intelligamus. Quare cum magistratus municipales tutores dare posse dicuntur, merito adjicitur, *sed illum, qui ab eodem municipio vel agro ejusdem municipii est. l. 3. h. t.* At idem Ulpianus auctor *d. l.* 3. diversam tutoris et pupilli hac parte rationem esse, tradit in *l.* 10. *de Tutel.* Etiam *non municeps*, inquit, *tutor dari potest, dummodo municipi detur.* Sed haec varietas in modo potius quam in re ipsa consistit, quem modum explicat Paulus *l. 24. h. t.* unde liquet, alienum municipem citari tutorem non pro jurisdictione magistratus municipalis, qui nullo modo actum jurisdictionis exercere potest in alterius municipii civem; sed imperio praesidis totius provinciae; quod usum habet, quando in eodem municipio non reperiuntur homines idonei ad tutelam, qua de re latius dictum in *part. 2. Digress. lib. 1. c. 26. n. 2. et sequ.* Aliter Wissenb. *ad tit. de Tut. n.* 4. Hanc rem hodie usum habere, negat * Thomasius in *schol. ad posit.* 4. *h. t.* quia *vix casus dari queat, quo in eodem municipio nemo ad tutelam sit idoneus.* Si inde res pendet, saepius equidem accidit, ut ad tutelam multo sit aptior aliquis in vicino municipio, quam in eodem, quo pupillus habitat. Sed tamen ideo consilium et circuitum Pauli in *d. l.* 24. non exerceri fateor; quia propinqui pupillorum, aut ipsi adolescentes, directe tunc adeunt praesidem sive supremam Curiam, quae hodie jus praesidis habet. Ita ut haec non jubeat dari, sed ipsa det tutorem; quia causae pupillares inde a prima instantia ad supremas Curias referuntur, ex *l. un. C. Quand. Imp. int. pup.*

4. Coeterum, quare minores magistratus per satisdationem, majores per inquisitionem tutores dare soliti sint, quaesitu hoc loco non est indignum, et quamvis ad antiquitatem juris pertinet haec differentia, ratio tamen nobis hodierni saporis, neque a nostro instituto aliena esse videtur, etsi ipsa differentia nunc obsolevit; cum satisdationes hodie nec a majoribus, neque a minoribus exigi soleant magistratibus Sed olim ita visum, ut cum majores magistratus, quales supremae Curiae, inquisitione defungerentur, minores, inquam, fidejussores exigere cogerentur. Dicam, mihi quid in mentem venerit. Ita comportum habeo, quibus in rebus decreto, causae cognitione, vel potius inquisitione ex officio magistratus opus est, in iis judices supremae Curiae multo diligentius et severius procedere, quam facere solent judices inferiores. Exemplo sit alienatio rerum immobilium, quae ad pupillos et minores pertinent: hanc magistratus minores aeque causa cognita decretoque permittere et administrare possunt, quam Curiae supremae: ab utrisque fieri debet inquisitio in causas alienationis, an sint necessariae, nec enim solam utilitatem sufficere, *infra* dicendum erit. Ast in hac dijudicatione, licet praescriptum legis omnibus sit commune, mirum dictu est, quam multo remissiores sint municipales judices, quam Curiae supremae; dum illi tralatitias utilitates pro necessitate facillime, Curia ne praegnantissimas quidem utilitatis rationes admittat Causam hujusce diversitatis ego nullam animadverto; nisi quod inferioribus, quanto dignitas eorum minor est, tanto gravitas etiam severitasque tuendi amplitudinem suam minor, quam curiis supremis esse consuevit, eaque varietas non tam ex morum hominumve praesentis aut exacti seculi, quam ex reputatione honoris et dignitatis majoris oriri videtur Cum igitur Romanis eadem esset experientia, consulendum ita putarunt, ut minoribus imponerent necessitatem exigendi fidejussores, in quorum facultatibus pupilli plus praesidii, quam in diligentia et gravitate inquisitionis, quae ab illis sperari non posset, habituri viderentur. και ταῦτα δὲ μὲν ταῦτα

5. (d) Est adhuc quaestio hujus Rubricae, an inviti adolescentes accipiant curatores, de qua prolixe egimus in *l. 3. Digress. cap.* 15. 16. 17. nec non *ad tit. I. de Curator. in pr.* quorum haec est summa. Prisci Romani adolescentibus, toga virili accepta, quod fere eveniebat anno aetatis decimo quinto, res suas permittebant, dicebanturque *in suam tutelam* venisse. cura non erat munus publicum, nisi in furiosos et prodigos; ita ut qui e tutela exiisset, curatori non absque nota ignominiae subesset. Marcus Philosophus constituit primus, ut cura munus publicum esset, juvenesque minores annis XXV. Curatores petere possent, *non redditis causis*, hoc est, sine dementiae prodigentiaeque

(c) *Pos.* 3. *et* 4. (d) *Pos.* 12. 13. *et* 14.

* Non adeo frequens omnino est constitutio tutoris dativi, qui judicis dantis Jurisdictioni non subsit. Circa legitimam vero tutelam saepius contingere potest, ut agnati sub diversa jurisdictione constituti, ad eam perveniant, quo casu non tantum a judice pupilli apud nos confirmantur, sed et, invito Magistratu, res ac pecunias pupilli in alienam Jurisdictionem transferre prohibentur, rationes quoque in loco administrationis reddere obligati, secundum *Res. Or. d. Ann.* 1609. *gr.* 7. 8. *Corp. Sax. p.* 582. adde *Rescriptum* Joannis Georgii I. *inter Statut. Lips. p.* 265.

nota *Invitis tamen non dabatur curator, praeterquam in litem*, ut Justinianus docet *in* §. 2. *Inst. de Curatoribus*, quod cum aliis juris locis optime consentit. Admonebantur quidem a tutoribus, ut sibi peterent curatores, *l.* 5. §. 4. *ff. de Admnistr. Tut.* et credi par est, admodum paucos adolescentes e tutela exisse, quin peterent curatores. *arg. l.* 33. §. 1. *ff. eod. tit.* Sed qui aetate maturiores amiserant parentes, si fiduciam sui haberent; sibi permittebantur, nec admoneri quidem dicuntur; cogi certe ullos omnino, res mandata est, *l.* 2. *in fin. Qui pet. Tut. vel Curat.* adeoque multos sine curatoribus egisse adolescentes, satis probat *l.* 3. *C. de restit. minor.* ubi minores distinguuntur *inter curatorem habentes et sine curatione constitutos.* Verum enimvero quod directo jure in eos non statuebatur, ad hoc indirecte saepe redigebantur. Nec enim judicio poterant contendere, nec debitores suos ad solutionem adigere, nec quidquam alicujus momenti cum aliis actitare poterant, nisi prius curatores petere in animum induxissent. *l.* 2. *C. Qui pers. stand. in jud. non hab. l.* 7. §. 2. *ff. de Minor.* Atque haec inevitabilis difficultas, qua minores curatoribus destituti, impliciti sunt, in causa fuit, ut regimen curatorum in adolescentibus, tanquam ordinarii juris commemoretur. Et hoc est, quod Alexander, octavus post Marcum Princeps. Minores annis 25. ait, ipsi sibi curatores, SI RES EORUM EXIGIT, petere debent. *l.* 6. *C. Qui per Tut.* (1) An haec res, moribus hodiernis, omnino aliter se habeat, *inferius paulo* videbimus. Nunc ad alteram Rubricae partem progrediemur, quae est, *In quibus causis specialiter tutores et curatores dantur.*

6. (e) Ut hunc articulum ordine complectamur, dicemus, tutoris dationem esse vel ordinariam, vel extraordinariam. Ordinaria, quae deficiente testamentaria legitimaque, datur inde ab initio a magistratu, ad res personamque pupilli; in curatoribus eadem hactenus est ratio; quin ita fere obtinuit, ut tutores extraordinarii saepe curatores appellentur; Ordinantur autem vel ad singulos actus vel ad totam administrationem certis casibus. Qui ad singulos actus dantur, hi sunt curatores, non tutores, quia tunc supponitur, extare tutores; atqui tutorem habenti non datur tutor, §. 5. *I. de Curat. l.* 12. *et l.* 14. *de Testam. Tut.* cujus rei rationem indagavimus in *lib.* 3. *Digress. cap.* 19. Excepto actu haereditatis adeundae, si tutor ordinarius ei negotio superesse nequeat, aut is appellaverit: tunc enim tutor extra ordinem datur, et curator ad eum actum dari non potest, *l.* 17. §. 1. *de Appellat.* quoniam ea, quae solemnitate juris constant, actusque legitimi, qualis est tutoris datio, *l.* 77. *de R. J.* Tutoris qualitatem necessario requirunt, *l.* 19. *de Auctor. Tut.* quia tutoris ipsum nomen est legitimum ex Lege XII. tabularum, cura non est legis nomen, aut munus; sed a JCtis ad similitudinem tutelae paulatim introducta, quemadmodum plenius demonstratum est in *d. lib.* 3. *Digress. cap.* 19. Ad reliqua negotia singularia, et ad ipsam quoque litem curatores dari, tralatitium est, §. *ult. I. de Auctorit. Tut. l.* 3. §. 2. *de Tutel.* et *alibi passim*: quorum tot exempla, quot negotiorum genera, sunt in medio.

7. Quando ad totam administrationem dantur extra ordinem tutores an curatores, utrius sint generis, judicium pendet ab illa regula; detur ne tutorem habenti, an non habenti. Tutorem habenti datur his casibus: I. Si quis abest Reipubl. causa; cum enim hic non desinat esse tutor, §. 2. *I. de Excus. Tut.* is, qui adjungitur ei, curator est, *l.* 15. *h. t.* etsi tutor *initamento* vocetur. *l.* 12. *de Tutel.* Qui datur in locum tutoris relegati, datur habenti tutorem, ac ideo curator est, *l.* 28. §. *ult. de excusat. Tut.* neque tamen non tutor appellatur. *l.* 4. *C. in fin. In quib. caus. Tut. vel Cur. hab.* Denique, si tutor appellaverit, aut absit, eo casu dandum *tutorem temporarium*, qui tutela fungatur, est in *l.* 2. *h. t.* cum manifesto datus sit tutorem habenti, ac ita temporarius ille sit curator. *l.* 15. *d. tit.*

8. Casus, quibus ille temporarius vere tutor est, quippe datus non habenti tutorem, sunt sequentes. Qui datur in locum tutoris remoti, *l.* 11. §. 2. *de Testam. Tut.* in locum excusati, *l.* 11. §. 1. *eod.* quamvis et hic improprie

(e) *Pos.* 5. *et seqq.*

(1) *Molim adsentiri viro Clariss. Jo. Gottlieb Heineccio, qui in* Element. jur. ad tit. inst. de curat. §. §. CCLXXI. et CCLXXII. *et in* Addit. ad Vinn. ad § 2. inst. de curat. *probat per Marci Imp. constitutionem omnes omnino. minores petentes, accepisse curatores: eundem tamen Imperatorem voluisse ut omnes acciperent: ita at inventa fuerit ratio qua adolescentes cogerentur curatores petere. Et id eo modo facile fiebat, quod non prius tutela finita crederetur, quum quis curatorem petisset.* Quo pertinent l. 33. §. 1. de admin. et peric. tut. l. 5. §. 5. eod. *Non ergo obtrudebatur curator invitis, sed dabatur petentibus. Petere autem debebant omnes, quia non prius rerum suarum administrationem accipiebant, quam petiissent. Verum quidem est, multos adolescentes sine curatoribus egisse* l. 7. §. 2. de minor. l. 3. C. de in integ. restit. *sed hae exempla ad factum non ad jus pertinent: nam et impuberes aliquando sine custodibus erant,* tit. ff. qui pet. tut. vel curat, *exinde tamen non recte colliges, in arbitrio impuberum fuisse, sine tutoribus agere mallent, an tutori subesse.*

curator dicatur in *l.* 2. *et l.* 5. *C. In quib. caus. Tut. vel Cur. hab.* Qui datur in locum muti et surdi tutoris, non habenti tutorem quoque datur, ac ita verus tutor est. *l. penult. de Tutel.* Tutor datus ei, qui habet tutorem sub conditione, vel in diem datum, etiam vere tutor est. §. 1. *Inst. de Attil. Tut. l.* 11. *pr. de Testam. Tut.* Et quidem si quis sub conditione tutorem habeat, quia conditio nihil ponit *in esse*, ut vulgo ajunt, non est dubium, quin hic tutorem non habeat. Sed qui tutorem ex die certo datum accepit, an is ante diem non habet tutorem? Atqui ex die certo obligatur, etiam ante diem est obligatus, §. 2. *Inst. de Verb. obl.* Cur adeo tutor in diem, non statim tutor intelligitur? Est eadem, ut videtur, ratio quamobrem statuliber, cui in diem libertas est data, non magis ante diem est liber, quam qui sub conditione libertatem accepit. *l.* 9. *et l.* 29. *de Statulib.* Obligatio est jus patrimoniale, quod per se consistit, nec immediate pendet a facultate personalis exercitii: sed libertas et tutela, sunt jura mere personalia, quae non habent intellectum, nisi ex functione personae, qualis ante diem functioni praescriptam nulla esse potest. Supererat expositio: an non moribus hodiernis aliqua remanserit differentia inter tutelam atque curam. Sed quia fundamentum differentiae, quam nos adhuc agnoscimus, est petitio tutoris et curatoris, per alium aut ipsos adolescentes facienda, quae ad sequentem Rubricam pertinet, ibidem illam observationem subjicere, potius videtur.

T I T. VI.

QUI PETANT TUTORES VEL CURATORES, ET UBI PETANTUR.

I. Qui petere tutores jubeantur sub poena, qui moneantur dumtaxat, et poena matris non petentis. II. Usus ejus rei hodiernus. III. Modus petendi Tutorem judicialis. IV. Curatorem non nisi ab ipso pubere peti. V. Positiones aliquot inde fluentes, et de usu hodierno. VI. Sequi et inde, quod ad Curam non possint cogi adolescentes. VII. An moribus hodiernis ad Curam cogantur.

(a) Quia magistratus scire non possunt, quibus opus sit tutoribus dandis, officium petendi tutores quibusdam commendatur, aliis ex necessitate imponitur. Commendatio dirigitur ad cognatos, adfines, familiares, educatores et amicos. *l.* 2. *in pr. et* §. 1. *h. t.* Necessitas injungitur matribus et libertis. Mater non petendo ζημιοῦται *damno adficitur*, Libertus τιμωρεῖται, *corporaliter punitur*, ait Modestinus in *d. l.* 2. Mater enim si non petat tutorem liberis, vel si petat ὁσίας χάριν, *defunctorie* sine effectu, amittit successionem liberorum ante pubertatem ab intestato morientium *d. l.* 2. §. 2. *l.* 3. *C. ad SC. Tertul* Intra quod tempus tutor petendus sit, ut a poena sit liber, expressum non legitur, sed *confestim* officium facere debet. *d. l.* 2. §. 2. At res loquitur, si ante mortem pupilli facta sit petitio, poenae haereditatis amittendae non esse locum: morte vero eveniente, quocunque tempore non invenietur tutor petitus, cadit in commissum; debet enim *confestim*, ut dictum, petere: quod tamen ita accipiendum, ut non excludatur civile temporis laxamentum. *arg. l.* 4. *de Vacat. et excus.*

2. Haec jussio respectu matris jure novo non habet usum, nisi mater ad secunda vota transierit, cum alias sit ipsa tutrix legitima. Tum vero lex acerbe de matribus praesumit, quasi res et vitam liberorum novis maritis dedere solitae, *l.* 22. ✝. *servi etiam C. de Administr. Tut.* cujusmodi exemplum flagitiis plenum, habet Livius *lib.* 39. *cap.* 8. de quo nos egimus in *lib.* 3. *Digress. cap.* 8. Moribus alicubi certum tempus praefixum legitur, ut duorum mensium in Hollandiae quibusdam locis, teste Grotio *lib.* 1. *cap.* 7. *n.* 21. Sed poena amittendae haereditatis in plerisque Foris abrogata censetur, ut vult Groenewegius ad *l.* 8. *C. Qui pet. Tut. vel Cur.* aut negligitur. Apud nos abrogatam esse, nemo dixerit; quia nec verum hoc est, quod idem abrogati juris auctor scribit ad *l.* 8. *C. Qui dar. Tut.* poenas legales aliquem jure suo privantes, esse abolitas, ut *alibi* dictum atque dicendum est. Non memini tamen, unquam hujus rigoris exemplum evenisse: cujusmodi rarior usus aut neglectio, ad abolendum jus non sufficit Adde Carpzov. II. *Const.* 11. *def.* 15.

3. Apud nos, judices pedanei pagorum, vicini et vespillones, jubentur etiam magistratus facere certiores, sine poena tamen certa. 1. *Stat.* 7. *art.* 3. Verum propinqui id officii plurimum praestant, atque simul petendi partibus funguntur, quod plerumque per modum voluntariae jurisdictionis peragitur; etsi tutoris datio, cum in

(a) *Pos.* 1. *et* 2. (b)

invitos quoque decernatur, magis sit contentiosae jurisdictiooia. Peteos tutorem, eoostituit se quasi impetrantem sive requirentem, rogatque judicem, ut Titium velit declarare tutorem hujus aut illius, qui postquam animum suum atque consensum exposuit, Judex negotium in acta redigit, atque a oovo tutore jusjurandum fidelitatis exigit. Quando autem testameotarius tutor in judicio coofirmatur, etsi res ad eundem fere modum vulgo peragi soleat, nihil tamen opus erat, duas quasi partes in judicio eonstitui, cum nemo testameotarium tutorem petat; sufficere omnino debet, si testamentum judici exhibeatur, ejusque nomen et aenteotia testamenti actis inseratur, eum exactione jurisjurandi: licet, inquam, tritura fori discrimen hoo parum servet.

4. (b) Haeo quidem de tutoribus. Curatores pro adoleseentibus nemo petere cogitur, oeque potest petere. *d. l.* 2. §. 4. *et* 5. Proinde nec mater heio uilam metuit poenam. *Petendi autem filiis curatores necessitas matribus imposita non est*, ait Alexaoder Imp. iu *l.* 6. *C. Qui pet. Tut.* Ad quae verba Groeoevvegius, *Hodie*, inquit, *sicut tutores, ita et curatores filiis petendi necessitas matri imposita est.* Quod ut verum sit spud Batavos aliosque simili utentes jure, de nostra aliisque gentibus, quae jure scripto, si Statuto vel coosuetudine iodubia non sit abolitum, utuntur, minime secus est qoam jure Romano eautum. Ita nos servamus. Pro impuberibus petunt propinqui, et quos diximus alii. Puberes ipsi petuot tutoros. Ipsi ut impetrantes et requirentes iu judicio collocantur, non mater sut alii pro ipsis. Haec est indubitata nostri juris et moris observatio. Uode fluunt hae positiones. I. Differentiam inter pubores et impuberos respectu tutelae atque eurae, non omnem esse sublatam. II. Matrem, quae transit ad secuodas nuptias, non cogi liberis suis petero curatorem. III. Liberos puberes ooo esse sub legitima matris eura, sed ipos petere posse euratorem. IV. Si pupilli habentes tutorem, maneant sub ejusdem cura, id eos sua voluotate faeore censeri, ut *supra* ex Gailio. V. Si puberes sub ejusdem, qui tutelam habuit, cura manere nolint, alium eos curatorem, petere posse. VI. Tutelam ipso jure, pubertate finiri.

5. Hioo etiam sequebatur, tutela pubertate finita, novam confirmationem sivo dationem a magistratu esse oecessariam, quo pertinet, quod ad *tit. Inst. De Curator. n.* 30. exemplo rei judicatae de anno 1619. probavimus, olim placuisse Curiae nostrae, euratorem, qui fuerat idem tutor pupillae, oon habere jus prohibendi nuptias adultae, quod alioqui jure nostrate curator habot, quia post fineoi tutelae non fuerat de novo, requirente puella, datus et confirmatus curator, idemque latius prosecuti sumus *in Auspic. domest. pag.* 81. *et seqq.* Re tamen ad usum praesentis aevi admota, oou vidotur dubitandum, quin apud nos idem, quod de Germania Gailium supra adfirmantem audivimus, obtineat, ut si tutor manserit iu administratione, tempore curae, id cum adalescentis *voluntate factum videri*, *veteremque* tutelae dationem sufficere ad auctoritatem curatoris, statuamus. Qood tamen non obstare, quomious si pubes velit, alium petere possit; aut tutor etiam, ubi eurae tempus attigerit, ratiooes reddere curaeque se subducere queat, ex ipsa illa datiooe, noo nisi valente minore facienda, colligi potest.

6. Praeterea ex eo, quod diximus, ouratorem ab alio quam ab ipso minore peti non posse, oolligimus id quod Modestinus scribit io *l.* 2. §. 5. *h. t.* ex Ulpiano egregio, nemioem alium pro minore curatorem petere posse. Iovitis igitur non potest obtrudi ourator, praeterquam ad litem, §. 2. *I. de Curat.* vel cum aliud quid majoris momenti agendum est, quod adversarius cum adolescente, propter metum restitutioois in integrum, solo, administrare gravetur, veloti quaodo solutionem a debitore sibi vult fieri. *l.* 7. §. 2. *do Minor.* Igitur regula est, non coguntur, nisi in litem, aut rem certam. Ad litem autem eon coguntur ad huoc aut illum accipiendum, sed aliquem in genere; individoi electiooem ipsi habent: ergo et regula de non facienda coactione, oon de individuo, sed iu geoero accipienda, alioquin exceptio esset eadom cum regula. Ex quo refellitur eorum seotentia, qui minorem cogi ad accipieodum euratorem, non cogi ad hunc aut illum, cavillaotur; eootra Justinioni clara dicta in *d.* §. 2. Iovití adolescentes curatorem oon accipiunt, quod vertit Theophilus ἄκων οὐδεὶς κουρατωρεύεται *Invitus nemo curationi subest*; aperte oon ad persooam, sed ad munus curatoris se referens. Facit huo *l.* 11. *C. Qui dare tut. vel curat. poss.* ubi dicitur, puberem non habero personam standi in judicio, secuodum *Leg.* 2. *C. Qui pers. st. in jud. hab.* nisi iotorposito decreto de venia aetatis, aut curatore dato sive administrandi patrimooii sive litis gratia. Unde liquet, minores et fuisse absque euratoribus haud raro, et cum lis suscipienda erat, ut ourator omnino habeodus esset, tamen non fuisse cosetos eum ad totum accipere patrimonium; sed hunc recusare, petere autem ad litem, quem velleot, poterant. Scil. olim habebat mioor personam standi in judicio, ut de M. Cotta Valerius Max. *l.* 5. *c.* 4.

7. Quapropter, ubi haee doctrina, quod curator non oisi petenti atque volenti detur adolescenti,

(b) *Pos.* 3.

reecpta est, ibi et illam consequentiam, quod invito non detur curator, obtinere necessum est. Quod igitur, an moribus nostris, invitis adolescentibus e magistratu non datur curator? Non puto, si frugi sint. Nulla lex, neo ulla, opinor, consuetudo coactionis facultatem praebet, neque vero exempla juvenum, qui sine curatoribus egerint, desunt, quod meminerim. Non coguntur equidem a magistratu; sed res plerumque eos cogit; quia vix est, ut non incidant aliquando difficultates negotiorum, in quibus curatore sit opus. Et tamen si quis tam bene compositum habeat patrimonium, ut sine tricis, sine ambagibus et scrupulis tranquille gubernari possit, nihil in jure civili, statutis aut moribus nostris, quo talis adolescens cogatur, extat. Exemplum ea de re dedimus in *praedicto loco Auspiciorum.*

TIT. VII.

DE ADMINISTRATIONE ET PERICULO TUTORUM ET CURATORUM QUI GESSERINT VEL NON: ET DE AGENTIBUS VEL CONVENIENDIS UNO VEL PLURIBUS

I. Praeparatoria administrationis 1. *Jusjurandum. II. Satisdatio*, remissive, *et Inventarii confectio. III. De illius Proibitione. IV. Usus inventarii duplex. V. Post inventarium quid fiat, et summa administrationis. VI. Officium Tutoris in emendis praediis et pecuniis foenori collocandis. VII. Non teneri tamen in pecuniis mutuo dandis Tutorem ultra mediocrem diligentiam. VIII. De divisione Tutelae et periculo Tutelae divisae. IX. De periculo Tutelae indivisae, et beneficiis Tutoribus concessis. X. Monitum inde collectum. XI. Quatenus Tutor, qui non administrat, teneatur. XII. De actionibus, quas Tutores movent. XIII. Quae contra eos moveantur, et quomodo, si plures sint Tutores. XIV. Proprio nomine Tutorem non teneri, nisi id actum sit.*

(a) Praecipua pars et quasi corpus officii tutorii, est *Administratio*, quam comitatur auctoritas, et periculum consequitur, quarum prior et posterior est sub hac Rubrica, sequens titulus de auctoritate. Administratio habet praeambulones aliquot, jusjurandum, satisdationem, et inventarii confectionem. Jusjurandum a Justiniano est additum tutoribus dumtaxat datis, ut dictum *ad fin. tit. de Tutor. dat. Ab his volumus*, ait Justinianus, *dum celebratur decretum, quod tradit curam ei, qui ad eam accedit, etiam jusjurandum eum dicere, sacrosancta Dei Evangelia tangentem. Nov.* 72. *cap. ult.* Quod tamen observatur, ex usu magis arbitrario, ita ut videtur, quam vi verborum, uti cautionis potius, quam necessitatis sit, neque non remitti possit a magistratibus, * aut simplici stipulatione transmitti, ut Faber tradit *lib.* 5. *C. Tit.* 25. *def.* 2. et Sandius 2. 9. 10. Hoc in testamentariis et legitimis tutoribus eo facilius admittas, quod in iis ne quidem Justinianus juramentum requirendum putaverit. Etsi enim in tota *Nov.* 72. de cunctis tutoribus et curatoribus agatur, tamen hoc *ultimo in capite*, ubi de jurejurando, loquitur de cura, *quae traditur decreto*, quod de sola honoraria intelligi abscisse, patet ex *supra dictis tit. de Testam. et Legit. Tut.* non obst. *l. ult.* §. 1. *C. Arbitr. Tut.* etsi paulo aliter D. Wissenb. *th.* 3. *h.* ac aliter moribus, ut dictum *supra.*

2. Secunda administrationis praeparatio, est satisdatio, de qua titulum ad Institutiones habuimus, nec est quod heic suppleamus; quando nec de usu ejus hodierno illic quod res est, monere obliti sumus. Adde ais Wissenbach. *th.* 2. hic. Dicamus de confectione inventarii. Esse hoc descriptionem rerum pupillarium, alias et melius repertorium dictum, ex *l.* 7 *in pr. h.* et aliunde constat. Sciendum tamen, ab illo diversam esse descriptionem rerum, quam magistratus statim a morte patrisfam. fieri curat, indicis et memoriae causa, quam plerumque sequitur obsignatio custodiae gratia; ut passim observatur, et cautum est in nostris Statutis 1. *tit.* 7. *art.* 2. *ibi*; Facient magistratus, *hoc casu*, mortuo Patrefam. sine liberis, aut fieri *curabunt in continenti per suos commissarios, exactum inventarium de familiae bonis,*

(s) *Pos.* 1. *et* 2.

* Consuetudine Saxonica hoc juramentum tutoribus perpetuo remittitur, ubi tantum admonentur officii sui et jurisjurandi Magistratui praestiti, ac stipulata manu promittunt, se pupillorum debitam habituros curam vid. *Leipziger* confirmir*te und wiederholte Vormundschafts-Ordnung* d. An. 1652. §. 9. verb. *So sollen sie, an eines leiblich geschworenen Eides Stat, und bey denen Pflichten, damit sie unserer gnädigsten Herrschaft und un verwande und zugethan seyn, mit einem Handschlage gereden, geloben, und zusagen. rc. Leipz.* Statut. *und* Privileg. *p.* 2. 50. add. Schilt. *ad ff. Ex* 37. §. 88.

eaque jubente necessitate, *obsignabunt*. Si nempe tutores nulli, aut absentes sint, neque tales amici, quibus sine exceptione fidi possit. Unde liquet, hanc descriptionem esse diversam ab inventario, de quo nos loquimur, utpote, quod ipse tutor aut curator facit, secundum quod bona suscipit, rationes secundum idem redditurus. *l. ult. C. Arbit. Tut.* Sed cum duplex inventarium gravi sumptu fieri necesse sit, usus rei sic fert, ut prior illa descriptio penitus omittatur, ejusque loco semper et in continenti fiat omnium bonorum obsignatio, exceptis iis, quibus in praesenti carere nequeunt. Quae obsignatio, tutore dein confirmato et petente, rursus a magistratu tollitur: qui tum, praesente et profitente tutore cognatisque pupillorum, facit inventarium *publice*, ut est in *d. l. ult.* Quod si tutor inventario faciendo supersederit * et dolus arguatur, removetur cum infamia, et extra ordinem coercetur, *d. l. 7. pr. h. d. l. ult.* §. 1. teneturque in id quod interest jurejurando in litem aestimandum, *d. l. 7. in pr.* ubi exceptio; nisi id justissima causa interveniente non fecerit.

3. Talis casus est, si pater pupillorum *specialiter inventarium facere prohibuerit. d. l. ult.* §. 1. Qua prohibitione *moribus hodiernis*, nihil est frequentius, tam, quod homines amant statum patrimonii sui habere occultum, quam quod magistratus eam rem non tam pro scopo legis, in securitatem ac utilitatem pupillorum, quam pro jure commodoque officii sui tractant, sumptu modicis haereditatibus saepe graviori. Quare pro causa justa omittendi inventarii publici habetur etiam modicitas patrimonii, quoties tutorum et amicorum qualitas plenam pupillis securitatem pollicetur; quemadmodum Curiae nostrae visum est, ad libellum supplicem *Regneri Lollide Pastoris in Kimsvert*, *contra Magistratum Hirlinganum. mense Martio* 1679. Ubi illa personarum qualitas et pupillorum securitas non est in conspectu, a publica inventarii forma non est recedendum. Ideoque similem petitionem Curia negavit ad libellum *Jacobi Eesges, contra Magistratus Staurienses d.* 29. *Mart.* 1680. Caeterum, patris voluntas quomodocumque significata, ad eam rem sufficit, nec opus testamento, aut codicillis. *arg. l. ult. C. de Reb. eor. qui sub tut. vel Cur.* Adeo ut Curia nostra magistratibus Harlinganis negaverit officii sui partes, in haereditate civis sui et mercatoris, qui in codice rationum suarum scripserat hujusmodi prohibitionem, filioque suo majori natu, advocato et Juris C. eximio *Theotardo Vander SLUYS*, dederat auctoritatem pro liberis minoribus occupandi atque res curandi. *d.* 22. *Febr.* 1681. Quamvis autem publica inventarii confectio remissa sit, tutor ideo sine descriptione res pupillares aggredi non debet; sed coram propinquis et testibus idoneis, indicem rerum fidelem componere debet, ex quo deinceps ratio bonorum constare queat, ut docet usus, et monet D. Schotanus *exam. ad h. t.* Quo servato, non opus est, ut magistratum arbitrio committendum putamus, an voluntatem testatoris inventarium prohibentis approbare velit, ut Groenevveg. *ad d. l. ult.* §. 1. aliique ab eo citati volunt.

4. (b) Ex his usus inventarii satis liquet, in eo praecipue consistens, ut pupillus scire possit, quid repetendum habeat, utque rationes et reliqua praestentur; cujus rei tam solidum est fundamentum in inventario, ut si tutor deinde prae se ferat, errorem esse commissum in professione facta per inventarium, non audiatur, quominus *secundum vires ejusdem scripturae, patrimonium pupilli vel adulti exigatur. d. l. ult. in fin. pr.* Quod tamen cum aliquo civili laxamento accipiendum videtur, ut si justissimi erroris causa demonstratur, neganda non sit in integrum restitutio, ut Gothofredus, Autumnus, et Groenevvegius aliique *ad d. l. ult.* censent. Dolo sane alterius si aucta sit professio, textus ipse non negat tutori defensionem: quippe suum duntaxat factum excusare non potest. *Neque enim sic homo simplex, imo magis stultus*, additum est, *invenitur, ut in publico inventario contra se aliquid scribi patiatur.* Quod si tutor liquido probare possit, procul a stultitiae nota suum abesse lapsum, difficile dictu est, hujusmodi officium ipsi esse damnosum, si res magni sit discriminis atque momenti. Alius inventarii usus indicatur in *l. 57. Chirographis debitorum incendio exustis, aut alio casu intereuntibus, tutores ex inventario debitores convenire possunt, ad solvendam pecuniam, aut novationem faciendam.* Qua de re pridem egimus *ad tit.* de *Fide Instr.* et de *amissione eorum*, *num.* 31. Quibus hoc addemus; ut usum habeat haec doctrina, requiri I. ut certo constet, instrumentum extitisse ante incendium, et nunc desiderari. II. Ne longo tempore post incendium actio moveatur. III. Ut inventarium contineat substantialia debiti, personas debitoris, creditoris, summam et causam debiti; saltem ut de ea quoque constet. Nam

(b) *Pos.* 3. *et* 4.

* Apud nos, sicuti de haerede *supra P. I. p.* 239. monitum, ita etiam a tutore specificatio jurata exigitur, si inventarium non fuerit confectum, atque hanc Mater quoque tutrix praestare compellitur. conf. *Dec. El.* 21. *et* 57. Carpz. *dec.* 74. *n.* 4 *seq.*

sine caussae debiti notitia, non dari petitionem, *alias* satis dictum est. Duo priora deerant in exemplo rei judicatae, quod in *praedicto loco* retulimus; de inventario facto a judicibus Stellingvverviae occidentalis. Adsessor judicii, et duo, qui ut testes signaverant, instrumentum adfuisse, cum anno 1668. fieret descriptio, testabantur. Sed instrumentum paulo ante extitisse, et in fuga *anno.* 1672. periisse, haud pleno erat probatum, decenniumque inter id tempus et petitionem institutam erat elapsum. Reliqua in loco citato videantur.

5. (c) Confectionem inventarii aliquando sequitur divisio patrimonii pupillaris, ab aliis, quibus eorum res mixtae sunt, sive liberi sint diversorum matrimoniorum, sive a bonis novercae facienda separatio, vel ab alia communione: quam ad rem datus curator, ea peracta, curam suam deponit, ut alius administrationem suscipiat. Plerumque iidem sunt curatores ab initio. Administratio porro vel circa personas pupillorum atque minorum, vel circa res eorum versatur. Prima pars non tam momenti, quam praecepti minus prolixi est. Scilicet, non alimentis tantum et cultui exhibitionis, *l.* 12. §. 3. *h.* sed etiam morum disciplinae prospiciet tutor, cum sua industria, tum praeceptores idoneos seligendo, quibus mercedes non quas minimas poterit, sed pro facultate patrimonii, et pro dignitate natalium constituet, *d. l.* 12. §. 3. *h. t.* atque ita eum vel studiis liberalibus vel artificio necessario, ut qualitas ingenii, natalium, et opum ferre videatur, inbuendum curabit. De rebus atque negotiis est summa regula; tutorem, quantum ad providentiam administrationis attinet, loco domini haberi. *l.* 27. *h.* Proinde eamdem curam in rebus et negotiis pupillaribus, quam bonus paterfamilias suis rebus adhibet, praestare debet, *l.* 33. *in pr. h. t.* cujus rei enarratio quam late pateat, apparet: a nobis ut declaretur, non expectabitur. An tutor, pupilli debitoribus solvendi tempus prorogare possit, quaeri solet. Nihil est facilius. Officium ejus est cogere homines ad solvendum. *l.* 18. *C. h. t.* Rationes de non solvendo recte pro pupillo, minus tuto contra eum inibit. *l.* 28. §. 1. *de Pact.* Re tamen exigente, non gratificandi, sed laxamento civili utendi, quin etiam transigendi potestas, tutori deneganda non est. *l.* 46. §. *ult. h. t.* Plane quod alibi de creditore laudatur; tutorem bene fungi credendum est, *si non acerbum se exactorem, nec contumeliosum praebeat; sed moderatum, et cum efficacia benignum, et cum instantia humanum; nam inter insolentiam incuriosam, et diligentiam non ambitiosam, multum interest.* verba sunt Ulpiani in *l.* 33. *de Usur.*

6. (d) Plus inexpectati est in his duabus positionibus. Prima, tutor in comparandis praediis tantum de lata culpa tenetur. Altera, in collocandis faenori pecuniis, de omni periculo tenetur. Prima thesis est in *l.* 7. §. *competet* 2. *h.* Alteram habes in *Anthent. Novissime. C. h. t.* Apparet utriusque regulae eamdem esse rationem, quae haec est; quod Juris conditoribus impense placeat, pupilli substantiam in rebus soli et bonis consistere duraturis, potius quam in pecunia transitoria, multisque obnoxia casibus. Quanto alioqui unumquodque negotium majoris est momenti, ut est sane rerum soli emptio, tanto intendi potius diligentia, quam remitti merebatur; sed animandi potius, quam deterrendi hac parte visi sunt tutores: pecunias vero pupillares adeo displicuit usuris collocare, ut Justinianus eas recondi et sepeliri malit. *Nov.* 72. *c.* 6. Excepta saltem modica pecuniarum quantitate, quatenus ad exhibitionem pupilli necessariam requiritur. *cap. sequ.* Quod si tutor nihilominus pecunias foenebres exercere velit, fiat hoc, et sciat, omne periculum ad se pertinere, *d. cap.* 6. *in fin.* concesso tamen ipsi hoc casu bimestri spatio ad circumagendas mutuandi vices, quod etiam jure Pandectarum fuit indultum. *l.* 7. §. 11. *h. t.* Sed tunc etiam tutor ad hoc tenebatur, ut pecunias pupillares nominibus elocaret, alioqui ipse in usuras conveniebatur. *l.* 58. §. 3. *h. l.* 3. *C. de usur. pupill.* Hoc jus Pandectarum moribus hodiernis et rationi rectae convenientius videtur, quam quod jure novissimo placuit Justiniano, cujus placitis id crebro accidit, ut prudentium approbatio saepe magis inclinet ad ea, quae ipsi improbata veteribusque servata sunt. Atque ita in hoc articulo accidit, manifesta gentium conspiratione, ut tutores pecuniam pupillarem licito lucro secundum mores cujusque regionis, foenori * vel in emptionem praediorum collocare, et si hoc neglexerint, usuras vel id quod interest

(c) *Pos.* 5. 6. *et* 7. (d) *Pos.* 8.

* Cum pecuniam pupillarem foenori collocare, Tutores moribus nostris et possint et debeant, variae autem inde lites et damna oriantur, optime sibi et pupillis suis consulunt civitates, quae ista omnia suis statutis ordinant, ut a Lipsiensibus factum est *Ord. Tut.* §. 22. *seqq.* in hanc fere sententiam: Tutores pecunias pupillares consensu Judicii Tutorii, et si fieri potest, interpositis securitatibus foenori collocanto; hoc facto ipsi securi sunto, nisi major factus latam commisisse Tutores culpam probet; hoc probato sors a Tutoribus pupillo restituitor, usurae commodo Tutorii ceduntu. Si in pecunia pupillari mutuo danda neglexerit Tutor magistratus consensum; sortem et usuras pupillo restituito, nisi justam se adhibuisse diligentiam probare

pupillis refundere tenentur, ut videre licet apud Grot. *Introd. l.* 1. *part.* 9. §. *de penningen.* Neostad. *Decis.* 51. Jcti Batavi *part.* 1. *Consil.* 117. Groenevveg. *ad pr. C. h. t.* Andr. Rauchb. *part.* 2. *Quaest. Jur.* 26. *n.* 7. *plures laudat consentientes.* Idemque apud nos, rarissime licet a jure civili discrepantes, *quotidie servatur.*

7. Hoc jure praesupposito, nihil est causae, quemadmodum neo jure Pandectarum fuit, cur tutores boni patrisfam. et eadem, qua in suis rebus utuntur, cura diligentiaque defungi nequeant in pecuniis foeneratitiis. Etsi quod plerique Justiniani verba de omni periculo in *Nov.* 72. *c.* 6. accipienda putant, ut non aliter, quam si culpa intervenerit, obtineant; quemadmodum Sandius noster in *lib.* 2. *tit.* 9. *def.* 14 et Wissenbachius *th.* 5. *h.* vereor ne non potius aequitati, quam juri scripto conveniat. Observari ita per omnia Europae fora, non est dubium, sed juri antiquo potius et utilitati pupillorum, quam verbis Justiniani id accepto ferendum, non est quod dubitemus. Duplex judicatum habet Sandius *loco praedicto*, quibus hoc addendum abeo. Inclinare Judices, ut ne facile tutoribus officium patiantur esse damnosum, eosque etsi in genere culpa aliqua non absit, si tamen in hypothesi par factum tutoris extet in propriis rebus, excusandos putent. Exemplum: Sempronius Curator Titii, pecuniam ejus tutissimo loco sitam apud emptorem, qui sub hypotheca privilegiata nummos libenter retinuisset, exegerat, easdemque apud alium amicum, qui deinde bonis cessit, collocaverat. Titius curatorem Sempronium, debito non soluto, conveniebat, utpote cujus temeritate pecunia optimo loco mota, pessimo reposita erat. A Curia tamen absolutus est, eo maxime, quod eodem tempore quingentos florenos eidem debitori tunc temporis non suspecto credidisset. Facit *l.* 1. *in pr. de Tut. et rat. l.* 111 *de C. et D. l. litis.* 37. §. 1. *Negot. gest.* Ita visum in *causa Michiel Bartous contra Dirk Cornelis. d.* 15. *Febr.* 1642. Inter eundem Theodorum Cornelii et Gellium Bartoldi, paulo post decisum est, tutorem, qui unam pupilli obligationem actis insinuari curaverat, alteram neglexerat, omnino teneri ad damnum minori suo luendum. *d.* 20. *Decemb.* 1642.

8. (e) Sequitur pars secunda tituli, DE PERICULO TUTORUM, *Qui gesserint vel non.* Periculum, etsi communiter casum fortuitum vel solum, vel una cum praestatione culpae significare solet, heic tamen de culpa sola intelligendum esse, natura negotii, quae non recipit casus fortuitos, *l.* 33. *in pr. h.* satis ultro dictat. Hoc periculum in Rubrica bifariam consideratur, vel eorum qui gesserint, vel qui non gesserint respectu Sed primo omnium distinguitur inter tutelam divisam, et indivisam. Divisio fit vel a testatore; aut judice, vel a tutoribus ipsis, et hoc quidem casu non variat periculum, sed tutela hactenus pro indivisa habetur. *l.* 2. *C. de divid. Tutel.* Prioribus autem modis factae divisiones, periculum quoque dividunt, *ut Tutores id invicem non sustineant. d. l.* 2. Proxima distinctio est, utrum omnes, an quidam dumtaxat administraverint. Sed haec differentia ad tutelam indivisam pertinet. Nam divisione facta, quisque pro sua parte administrat, vel si alius pariter agat, in parte non sua, ut alterius substitutus, agere censendus est, nec ea res ipsum pupillo facit obnoxium. Modo sciant tutores omnes, etiam qui vel quatenus non administrant, id ab ipsis exigi, ut administratorem reddant suspectum, si vel male gerat tutelam, vel facultatibus labatur et sit reliquator. *d. l.* 2. Quod scilicet locum habet, non modo si divisio fiat, sed etiam cum indivisa tutela uni administratio defertur, *l.* 3. §. 2. *h. t.* qua de re locus agendi fuit ad *tit. I. de Satisdat. Tut.* In quem finem qui non administrant, sive in totum sive pro parte, debent esse observantes et quasi custodes actuum administrantis. Hoc agere debent, ut frequenter eum adeant, rationes ejus inspiciant et sollicite animadvertant, qualiter conversetur. Etenim blandiuntur sibi temere, qui putant tutorem non teneri, nisi quatenus administrat. *d. l.* 3. §. 2.

9. Quando autem nulla divisio, nisi privatim facta, nec administrator jure constitutus est,

(e) *Pos.* 9. 10. 11. *et* 12.

malit, hoc facto, sortem absque usuris reddito: Si pluribus pecunia a Tutore mutuo data, factaque inter eos unus fuerit non solvendo, pupillus aut idonea nomina cum minus idoneis accipito, aut sorte a tutore absque usuris numerata integra contentus esto. Pecuniam a patre collocatam, si tutor consensu magistratus suo loco reliquerit, indemnis esto, nisi major factus latam tutoris culpam in non exigendo commissam probare intendat; quo facto Tutor retentis usuris sortem restituito. Tutoribus ob priorum mortem, vel alia ex ratione mutatis, posterior ob gesta a priore non tenetur; haeredes prioris, si posterior consensu magistratus nomina a priore contracta suo in loco reliquerit, statim liberantor; si haec nomina inde fiant incerta atque inidonea, Tutor posterior latae culpae accusator, eaque probata sortem absque usuris reddito. Pro tutoribus et eorum fide praesumptio militato: Judices ad has causas delegati plane non tenentor.

omnes teneantur, et singuli in solidum, *d. l.* 2. *et l.* 55. *in pr. h. t.* ubi excipitur casus, si pecunia numerata pupilli inter tutores distributa est, tum nemo eorum tenetur in majorem summam quam accepit. Etiam in caeteris habent beneficium divisionis, quatenus omnes solvendo sunt, *l.* 1. §. 10. *et sequ. de Tutel. et rat. distrah.* et beneficium ordinis, ut prius qui in culpa est excutiatur, caeteris *periculo tantum substitutis. l.* 6. *C. Arbitr. Tut.* Habent etiam beneficium cedendarum actionum, quas petit is, qui in solidum convenitur, ut actiones pupillo adversus reliquos competentes in se transferat, *d. l.* 6. *et d. l.* 2. quo beneficio scil. qui de dolo vel contumacia communi accusatur, caret. *l.* 1. §. 14. *de Tut. et rat. dist. l.* 38. §. *ult. h. t.* Non est tamen hoc concessionis beneficium tutori tam necessarium, quam fidejussoribus. Nam si horum unus solidum solverit, is adversus confidejussores non habet regressum, quia quod solvit non erogavit pro ipsis, sed pro debitore principali. *l.* 39. *de Fidejussor.* Tutorum autem unus a quo solidum exactum est, id pro suis contutoribus aeque solvit, sic pro se ipso; Ideoque licet omissa fuerit cessio, datur ei tamen utilis negotiorum gestorum actio adversus contutores. *l.* 1. §. 13. *de Tut. et rat. distrah.*

10. Ex hisce tutores prudentiam agendi, consilio juris instruere possunt: ut si plures sint tutores, divisio fiat, quia communio administrationis heic maxime perniciosa est; ut fiat judicialiter, vel administrator unus, aut duo similiter, in judicio constituantur, ut nec tali casu inutili verecundia quisquam se retardari, quominus in acta rationesque administrandis inquirat, patiatur. Aut si res non ferat, ut judicialis divisio vel administratio stabiliatur; privata divisio tam brevibus temporum vicibus distinguatur, et distractio si qua sit, aut negligentia, sine magna difficultate detegi possit; operaque danda est, ut rationes inter eos saepe communicentur. Nam divisione nulla judiciali facta, singuli ad rationem universae administrationis edendam compelli possunt, *d. l.* 2. *et d. l.* 55.

11. Proinde si administratio e judice delata fit uni, alter ad rationes reddendas compelli non debet; in subsidium vero si non reddiderit collegam suspectum, omnino tenetur. Actum ea du re apud Curiam nostram in tali specie: *Sempronius* V. D. minister et curator cum alio, confirmatus erat, hac lege, ut alter administratione fungeretur: qui sic officium gesserat, ut nullae rationes exterent, nec haeredes ejus ullas reddere possent. Ideoque alter conventus ad rationes reddendas, ante judicii proferebat, in quibus alteri commissa erat administratio. Etsi non ipse ita satis excusaretur, quod collegam non animadverterat, tamen e petitione reddendi rationes absolutus est; actione tutelae quo minus in solidum conveniretur in id quod interesset pupilli, nihil obstabat. In causa *Lubbert Roelofs pro se et in qualit. contra Bernhardum Lemstra cum soc. etc. ante ferias O. S.* 1681.

12. Tertia pars Rubricae superest, *de agentibus vel conveniendis uno vel pluribus e tutoribus.* Periculum tutorum, proprie cum respectu ad pupillum et actionem ab illo contra tutorem movendam pertinebat. Hac parte de actionibus, quas officii ratione tutores instituunt, vel suscipiunt, agitur. Quod ad res in judicium deducendas attinet, circumspecte tutor agat oportet, ne temere litiget; quo facto ipse damno litis coercebitur, ut juris est *l.* 6. *C. h.* atque in Curia nostra servatur. *Tutor ad utilitatem pupilli rem in judicium deducere potest*, ait Paulus in *l.* 22. *h. t.* in quem finem apud Batavus cautum, ne tutores incipiant lites, nisi praevio magistratus decreto: quod si emiserint, victi tenentur ad impensas litis, ut scribit Grotius 1. *Introd. c.* 14. *n.* 7. Groeneweg *ad l.* 6. *h. t.* Porro, si duobus simul tutela gerenda permissa est, vel a parente, vel a contutoribus, vel a magistratibus, etiam uni agere licitum est, * quia duo simul agere non possunt, habetur in *l.* 24. §. 1. *h.* idemque est in *Tit. C. Si ex pluribus Tutor. vel Curat. omnes vel unus agere pro minore, vel conveniri possint.* Nomina quoque et actiones ab alio tutore sibi traditas, praesens tutor suscipere et exequi cogitur, sed absque suo periculo. *l* 35. *h. t.* Tutela divisa nemo alius quam de rebus ad suam administrationis partem spectantibus, litem movere potest. *d. l.* 2. *C. de Divid. Tut. l.* 36. *h. t.* Finita tutela vel cura, nullas amplius actiones, etsi in administratione perseverent, inferre posse, res ipsa loquitur, et *l.* 39. *in pr. h. t.*

13. (f) Denique pupillum multo magis defendere debet tutor; praecipuum enim tutoris officium est, ne indefensum relinquat pupillum, ait *l.* 30. *h.* Nec dubium, quin ab uno etiam e pluribus recte defendatur. *l.* 1. *C. d. tit Si ex plur. Tut.* Sed an creditores habeant

(f) *Pos.* 13.

* Non tamen in Saxon. Electorati, si quidem *O. P. S. Tit.* 9. §. 1. Tutores et Curatores conjunctim actiones pupillorum instituere et suscipere jubet, nisi periculum in mora, aliave justa causa id prohibeat. vid. Mencken. *Disp. Proc. VI. ad d. tit.* §. 2. *seq.*

electionem, quem velit eligere tutorem, ut in litem in solidum suscipiat, ambigitur. Adfirmatur ex *l.* 36. *h. t.* idemque illustratur ex *l.* 47. §. *ult.* suffragante hac ratione, quod divisio sit jurisdictionis, non juris, ex officio magistratus aut conventione tutorum instituta, per quam tertio creditori nullum fiat praejudicium. *d. l.* 36. Sed huic sententiae juris verissimae, obstat Rescriptum Imperatoris Constantini: *Si divisum administrationis periculum per provincias sit, hic tantum omnibus insinuari convenit et ab ipsis inferri litem, qui in ea provincia tutelae vel curae officium sustinent, ne de aliis provinciis defensores minorum ad judicia perducantur*, *l.* 2. *C. Si ex plur. Tutor.* Responsio communis est ex Cujacio, hanc Legem loqui tantum de denunciatione solenni futurae litis, quae olim erat in usu, quod liqueat ex *l.* 1. *C.* Theodos. *de Denunciat.* et *edit. Rescr.* Cujac. 17. *obs.* 8. Gothofred. *ad d. l.* 2. Giphan. *in l.* 2. *C. de divid. Tut.* Wissenb. *ad h. t. th.* 7. Nos legem hanc esse decerptam ex *d. l.* 1. *C. Theod.* videmus; sed inde sequi, tantum in ea de antiqua et obsoleta litis denunciatione, quae judicium praecedebat, agi, non videmus. Nam primo Justiniani tempore non erat amplius in usu ut Cujacius *d. loco* et Jac. Gothofred. ad *d. l.* 1. agnoscunt. Idem igitur haec verba de re obsoleta percipi noluit; sed de eo, quod tunc usum habebat; quod et verba textus facile ferunt: *inferri litem*, *ad judicia perducantur etc.* Apparet, scopum esse Justiniani; ne divisio administrationis secundum provincias, lite promiscue illata, confunderetur, sed ut in creditores alicujus provinciae tutoribus ejusdem stationis in jus vocandis sint contenti; neque diversae provinciae tutores ad eandem litem ciere possint. Sit igitur haec limitatio veteris doctrinae, tutorum divisio non praejudicat creditoribus, nisi hactenus, ut hi diversae provinciae tutores ad idem Forum ne trahant Verum estne creditori necesse cunctos ejusdem provinciae tutores vocare ad unam litem; neque sufficeret unum aut aliquos citati? Certe in *d. l.* 2. ita habetur, *his tantum OMNIBUS insinuari convenit.* Non censeo tamen: haeserit hoc ex integra Constitutione, quae est in Codice Theodosiano, qua denunciatio praecedens omnibus fieri debebat. Justinianus hoc agit in suo textu, ut prohibeat, *ne de aliis provinciis defensores minorum ad judicia perducantur.* In eadem provincia jus vetus agendi mutare, non fuit consilium; etsi magis faciendum sit, ut omnes ejusdem provinciae vocentur. Igitur colligamus hanc observationem in Foro quoque tenendam. Si tutores per regiones sive provincias divisam habeant tutelam, creditorem, unius provinciae tutores convenire debere, habitantes in diversa provincia resque ibi sitas administrantes, non posse vocare. Quod si non omnes ejus provinciae vocaverit, etsi hoc fieri satius est, non ideo tamen esse vitiosam citationem. *d. l.* 1. *C. Si ex plur. Tut. d. l.* 36. *h. t.*

14. Quidquid autem tutores egerint pro pupillis, de hoc ipsi proprio nomine conveniri non possunt; *Generaliter enim definitum est, post officium depositum omnes actiones, quas tutor vel curator ex necessitate officii subierit, in quondam pupillum vel adultum transferri. l.* 26. *C. h. t.* nec plane quidquam praejudicii illis ex auctoritate vel consensu creatur, *ib. in fin. l.* 1. *C. Quand. ex fact. Tut.* Adeo ut nec finita, nec durante cura, suo nomine judicati actione convenire possint. *l.* 4. §. 1. *de Re Judic.* etsi pupillus, postquam auctore tutore litem suscepit, haereditate patris se abstinuerit, tametsi quoque tutor satisdederit, *l.* 2. *pr. et* §. 1. *h. t.* scilicet judicatum solvi, quippe sublata obligatione principali, tollitur etiam accessoria. *l.* 15. *C. h. t.* Verum si contractui alicui subscripserit ut fidejussor, hoc animo, ut si pupillus non solveret, ipse teneretur, eo casu proprio nomine post finem quoque tutelae conveniri posset. *d. l.* 15. *in pr. l.* 67. *D. de Procurator.* Sed frequenter usu venit, ut tutores atque curatores in contractibus tutorio nomine initis, subjiciant hanc clausulam; *sub hypotheca meorum et pupilli mei bonorum.* Aut ita vernacule; *onder verbant van myn ende in qualiteits Goederen.* An vi talis clausulae tutor suo nomine conveniri, et executione rejudicatae urgeri possit, quaeritur. Existimavi semper, quoties ea species incidit, tutorem exinde nomine proprio non teneri. Quia quam principalis obligatio non tenet, ad illum accessoria, qualis est hypothecaria, pertingere non potest. *Sed in dubio subjecta pignoris obligatio interpretationem accipere debet ex principali obligatione.* Ut ait in hac ipsa quaestione Antonius Faber ad *h. t. C. def.* 5. praesertim, quia talis clausula, ut ipse quoque monet, in stylum fere notariorum influit incuriose. Ipse adeo ita statuit de tali clausula; *obligeant pour ce leurs personnes et biens, avec la clause de constitut*, id est, *sub obligatione personae et bonorum suorum, cum clausula constituti.* Scil. in illa specie tutor suo nomine pupilli cum alio correo devinxerat. Quod si non tantum in clausula obligationi obiter subjecta, sed etiam in ipsa obligatione suae personae bonorumque suorum meminerit tutor easque obstrinxerit, etsi narratio contractus sit pro pupillis, inde tamen fidejussio, vel novatio facilius intelligi potest. Ita Curiae nostrae visum in quaestione mutui, quod curator pro suis pupillis

acceperat: verum adjecerat noo modo haoc clausulam ordioariam, *Obligans mea et pupillorum bona*, sed etiam in repromissione reddeodi pecuoiam ita dixerat; *Aenneemende voor my ende in Qualiteit, ook voor myne Erfgenamen.* Etsi cura jam fioita esset, ratioonibus tameo oecdum approbatis, de quibus litigabatur, ipse proprio oomine condemoatus est, *in causa Petronellae de Velsen*, contra *Onufrium Beintema van der Meulen, etc. ante ferias O. S.* 1681. Si rationes comprobatae ao ibi mutuum illud acceptatum fuisset, uoo nisi subsidiaria in ipsum actio competiisset. Verum et hoc saepe quaesitum est; si quando super ratiooibus disceptatur, uter ioterim sit conveoiendus, tutor an pupillus. Diceodum, neuter; si tutor se nomioe proprio non obligaverit; nam pupillus quamobrem hoc ossu non teneatur, videbimus *ad tit. Quand. ex fact. Tut. vel Cur.* Haec ita de tutoribus dicta, de curatoribus aequo per omnia intelliguotur, nisi quod horum io mere persooalibus, ut suot nuptiae, cesset officium Verum heic de patrimonialibus actum. Illud discrimen alibi declaratum est.

TIT. VIII.

DE AUCTORITATE ET CONSENSU TUTORUM ET CURATORUM.

I. De voce auctoritatis Remissio, *et quis auctoretur. II. De consensu Curatoris, et usus rei. III. Si minores se obligare velint, quid juris.*

(a) Auctor ad augendo dictus, sigoificat, eum, qui alium *auget*, instruit coosilio, vel jure aliquo. Unde auctoritas actum, ejusmodi consilio et jure aliquem augeodi, iostrueodi. Hinc ootissimo seosu auctorem alicui esse *pro suadere.* Auctoritas suadendi, opposita potestati jubeodi, Tacit. *Germ. c.* 11. Auctor juris, venditor, et omois, a quo jus ad alios transiit. *l.* 4. *ult. l.* 52. §. *ult. de Act. Empt.* Auctor judex, a quo nobis addicta res est, *l.* 137. *de R. J.* Hinc auctoritas seoatus erga populum, quando senatus probabat, ut aliquid populo propooeretur. Liv. 1. c. 17. Postea prioceps auctor senatui juris coodeodi, *l.* 32. *pr. de donat. int. vir. et ux.* et *passim.* id est, non modo suasor, sed etiam dictator et dux agendi, ut Tacitus, *Idem suasor auctorque consilii ero.* 3. *Histor.* 2. Hoc modo tutor est auctor pupillo, i. e. dux, suasor, et approbator. Totum de auctoritate locum, apud *Institutiones* absolvimus. Adde, si plures tutores, sufficit unius auctoritas, *l.* 4. *h.* adeo ut honorarius tutor, et qui notitiae causa datus est, recte adhibeatur, *l.* 14. §. 1. 5. *et* 6. *de Solut. l.* 49. *de adq. her.* addetur exceptio in *d.* §. 1. nisi interdicta sit ipsis admioistratio, quales et in *d. l.* 4. iotelligi possuot his verbis, *quibus administratio tutelae concessa non est*, et tum nihil erit pugoae inter *d. l.* 4. *et l.* 14. §. 1. Quod si tutela sit divisa, singuli pro suis partibus auctorari debeot; nisi cum aliquid agitur, unde resolutio actionis tutelae, et liberatio tutoris secutura sit. *l. ult. h. t. et l. ult. C. de Auct. Praest.*

2. (b) Curator cum adulto tam valide non concurrit. Dicitur ei coosentire, non auctorari. Hinc in Rubrica de *auctoritate* tutorum *et consensu* curatorum: quod etiam ita in *l.* 26. *in fin. C. de Administr. Tut.* Moribus hodiernis, ut differentia tutorum et curatorum, ita discrimen auctoritatis et coosensus non observatur. Imo auctoritatis usus admodum rarus esse videtur. Primo enim infaotibus, qui non intelligunt quod agunt, auctoritas ne jure civili quidem applicari potest. *l.* 1. §. 2. *de Administr. Tut. l.* 9. *de Adquir. haered. l.* 32. §. 2. *de Adquir. poss. l.* 3. *C. eod. tit.* Et cum eodem jure civili tutor etiam pro majoribus infaotia occupare, et sine auctoritate, id est approbatiooe ejus, quod pupillus gessit, ipse totus et solus agere possit, *d. l.* 1. §. 2. usu rerum hominumque ita semper fieri vidimus. † Imo curatores idem in rebus puberum continuare solent, oec nisi pleoae pubertatis aooos egressos, rebus majoris momenti admovere soleot. In modicis et qootidianis oegotiis tutorum et curatorum subsequeos consensus loco auctoritatis, quam leges in ipso negotii tractu requiruot, usurpantur.

(a) *Pos.* 1. *et* 2. (b) *Pos.* 3.

† Quod olim jam constitutum est, ut, si plures sunt tutores, omnes atque singuli pupillorum nomine agant atque respondeant, nisi forte divisis officiis, aut unus alterve ad certas causas sit ordinatus, quo casu etiam singuli recte se judicio sistunt. *O. P. S. E. I. et E. Tit.* 9. §. 2. Caeterum tutores, et curatores absque pupillorum suorum et minorum consensu omnes actus specialis mandati expediunt, actores etiam constituunt, absque minorum subscriptione, licet hi forte a majori aetate proxime absunt, actoria tamen ejusmodi, tutore mortuo, aut tutela alias finita, statim exspirant. *d. Tit.* §. 3.

In ipsis quoque judiciis vix unquam tutores aut curatores ut auctores, pupillorum nominibus apponi videmus. Sed ipsi in qualitate tutorum soli movent litem, soli ad finem usque prosequuntur. Nec tamen est abolitum auctoritatis institutum. Ipse meae curae commissos liti quidem movendae admovi, ut illorum nominibus in fronte praepositis, meum ut auctoris adjicerem, quod proinde visum, ac si pro minore occupassem et solus egissem, ut de infantia majoribus dicta *Lex.* 1. §. 2. docet. Fit hoc autem, ut minoris aut pupilli persona adhibeatur, quando tutor invidiam litis motae primo auditu vult amoliri. Mos ordinarius, ut dictum, est, ut curator agat pro minoribus, aeque ac tutor pro pupillis.

3. Verum est interim, pupillos et minores, sine tutorum auctoritate, vel curatorum consensu nihil agere posse, nec eos civiliter obligari, dumtaxat obligationem, manente cura, nullum habere effectum, quemadmodum verior juris civilis tenet sententia, quam exposuimus *ad Inst. pag.* 302. et ad *tit. ff. de Minor. Parte* 2. *pag.* 174. secundum quam, contractus minorum sine consensu curatorum, subtilitate juris valent quidem, sed cura impedit omnem effectum. Et ideo si cura finita, quod minor promiserat, jam major factus constituerit, hoc valebit, si aliter Statutis aut moribus specialiter non sit receptum; quod non valeret, si contractus esset ipso iure nullus, ut docet Sandius *lib.* 3. *tit.* 1. *def.* 1. In hoc igitur curatorum consensus adhuc dum elucet, quod si minores aliquid agere, contrahere velint, hunc opus eos implorare oporteat. An curatores cogi possunt ut consensum adhibeant? Non posse tutorem cogi ad auctoritatem interponendam, respondet Paulus; quia si non expedit, iniquum est: si expedit, supervacuum: quia pupillus tutelae judicio id quod interest habere potest. *L.* 17. *h.* Hanc legem esse abrogandam, censent Antumnus et Groenewegius. Tu ita, censeo, dicas; in tutela nullam esse causam abrogandi; lex tutorem habet loco patris et domini, *l.* 27. *de Amnistr. Tut.* cogere dominos ad res agendas incivile est, nec in universum pupillis utile, cum ipsi tam valide de rebus agendis judicare nequeant, alios habere tutorum coactores. De consensu vero curatorum Paulus ipse non loquitur. Nec adeo dubitandum, quin si minor contractum aliquem vere sibi utilissimum inire velit, cui curator consentire nolit, magistratus officium implorare possit, ita quemadmodum de feminis respectu curae maritalis, diximus *ad Tit. de Tut. n.* 15. Reliqua de tutorum auctoritate peto sis ex *tit. praedicto Institut.*

T I T. IX.

QUANDO EX FACTO TUTORIS VEL CURATORIS, MINORES AGERE VEL CONVENIRI POSSINT.

I. Exegesis Rubricae. II. Quid juris, si post finitam curam creditores agant, an pupillus convenire possint.

(a) Nota est regula juris civilis; *alii per alium non adquiri obligationem. l.* 38. §. 17. *et l.* 126. §. 2. *de V. O.* Notae sunt etiam exceptiones, de quibus actum ad *Inst. tit. de Inutil. stipul. pag.* 304. Est et haec una earum exceptionem, quibus alius alii obligationem quaerere potest: quod ex contractu tutorum, etiam proprio nomine, sed pecunia pupillorum contraxerunt, actio datur pupillis utilis; velut si tutor vel curator pecuniam minoris crediderit, et sibi illam reddi stipulatus est, vel si quam rem pecunia pupilli emerit, eam rem pupillus vindicare potest, *l.* 2. *h. et l.* 2. *C. h. t.* quod aliis non licet, nisi militibus. *l.* 8. *C. de R. V.* cujus rei usum explicat D. Schetzo. *exam. ad h. t.* Vicissim ex tutorum contractibus pupilli tenentur, nisi quatenus dolum admisit tutor, tunc enim non tenentur pupilli, nisi quatenus sunt locupletiores, *l.* 3. *h. d. l.* 2. 3. *et* 4. *C. h. t.* Non tenentur etiam ex mutuo a tutore vel curatore omnino ipsorum contracto, si pecuniae in res eorum versae non sint; hoc enim requiritur in *l.* 3. *C. Si ex fact. Tut. vol. Cur. l.* 2. *C. de Cur. fur.* Quod si ex rationibus redditis constet, pecuniam non esse versam in utilitatem pupilli, actio in hunc nulla datur. *arg. dd. ll.* Et hoc quidem indubitatum, sicut etiam, durante cura ipsum in qualitate sua tutorem conveniri.

2. Sed est difficultas, quid facto opus, si post finitam tutelam de rationibus ambigatur et disceptetur, quod aliquando pluribus annis continuatur. Tutor finita tutela non tenetur, ut probatum ex *l.* 1. *C. h. t. l.* 2. *De Administr. Tut.* pupilli non tenentur, nisi in rem eorum sit versum. *d. l.* 3. *C. h. t. et d. l.* 2. *C. de*

(a) *Po.* 1. 2. *et* 3.

Cur. fur. Et hoc rationibus non approbatis, liquere non potest; utique si pupilli negent, tutori opus fuisse pecunia mutuo sumpta, satis eum de suis habuisse nummia, quo necessitatibus curae satis faceret. Si creditor hoc refellere nequeat, pupillos vel adultos ad solvendum cogere non potest. Atque idcirco in nostra Curia semper, quod ego meminerim, creditores illi repulsam tulerunt ad tempus, *voor als noch*. Quid vero si creditores probent, ipsos illos nummos a se creditos in rem pupillorum minorumve fuisse conversos, conue tum satis quod desideratur probasse videntur? Ne hoc quidem sufficere, nostra Curia saepe judicavit, nominatim *in causa Johannis Staphorstii cum sociis, contra Ynse Jacobs cum soc.* ante ferias Natal. 1680. et deinceps contra reos praenobiles, quorum curator foro cesserat, et de rationibus disceptabatur; etsi creditores probabant, de suis pecuniis soluta esse alimenta pupillorum, mercedes praeceptorum, et id genus alia maxime necessaria. Idem rursus ad libellum supplicem *Theotardi vander Leely*, *contra Remigiam Hoytema*, quae curatori cuidam ducentos aureos crediderat, eosque probabat esse conversos ad usus necessarios pupillorum; pecunia relate erat in accepta; sumptus illi necessarii inter expensa. Tamen quia curator rationes nondum approbaverat, ut minime constaret, an non ex propriis pupillorum pecuniis, quas intervertisset, illi sumptus prorogari potuissent, Curia rescripsit, executione supersedendum esse, donec rationes exenssse forent. *d.* 25 *Novemb.* 1681. Quod tam ratio, quam utilitas manifesta pupillorum exigit; quia non potest dici pecunia in rem eorum esse versa, quae plane pro illis, nummis ipsorum non deficientibus, impendi non debuit: neque tam corpora nummorum, quam *crediti causa*, *secundum juris* rationem est consideranda.

TIT. X.

DE SUSPECTIBUS TUTORIBUS ET CURATORIBUS.

I. Remissio ad Inst. et usus hodiernus. II. De modis finiendi curam, et primo de aetate 25 annorum. III. Secundo, de Venia aetatis. IV. Quatenus haec filiisfam. concedatur. V. Tertio, de matrimonio. VI. De aliis quibusdam modis, ubi et de Pacto, VII. Finita Tutela quid fiat.

(a) Agnoscit lector eundem, quae fuit apud Institutiones, Rubricam, ibi plena manu expositam. Ut heic eam sicco pede transilire liceret, nisi de modis finiendi curam, qui in Pandectis alium locum non habent, dicendum quid superesset. De usu accusationis suspecti, statim a *princ. d. tit. Inst.* diximus, hoc tamen addendo. Non esse quod jus accusandi tutorem suspectum omnino abolitum statuamus, nec adeo prohibitum iri, si quis hoc pietatis officium erga pupillos occupare velit: nisi quod mollior via exigendi rationes, quae nunc ante finem tutelae saepe reddantur, eligi solet, aut delationis ad procuratorem generalem, qui tum ex officio peragit accusationem, sive ordinario processu, sive causa extra ordinem cognita, cujus ordo colligi potest ex hac sententia Curiae nostrae, cujus summam lectoris cum venia subjiciam. *Quia Curiae patuit ex accusatione procuratoris generalis, ejusdemque informationibus praeparatoriis, et ex relatione commissarii actisque et rationibus coram illo productis, et confessione partium in recessu Curiae factis*, Lucium Titium et Cajum Sempronium, nullo modo qualificatos *esse ad continuandum in curatione* Nannii Petri, *Curia praedictos Titium et Sempronium ut suspectos removit, iisque injungit ab administratione bonorum Nannii Petri abstinere; condemnat eos, intra mensem restituere quingentos et undecim florenos de minoris sui pecuniis aversos: sub poena carceris. Porro jubet Curia hoc decretum in auditorio publico tam Curiae quam judicis inferioris, recitari. Ita post citationem praeviam publicatum d. X. Novembr.* 1674. Videmus in hac sententia nullam infamiae nec ullam doli mentionem fieri: pro clementia horum temporum, non facile infamiam hominibus irrogantium, de qua diximus *ad tit. de his, qui infam. not. in fin.* Quandoque, nullo etiam deferente, praeses ex officio idem agere potest. Sic cum in lite apud Curiam duo curatores diversorum ejusdem pupilli patrimoniorum: sibi invicem fraudes et inertiam objecissent, ac etiam probassent, singuli videlicet toti inhiantes curae, procuratori generali injunctum est, ut ambos accusaret. *d.* 9. *Decembris* 1681.

2. Quibus modis tutela finiatur, habuimus ad *Institut*: in quibus hac de re est titulus singularis; nec quod ibi indictum, memorabile

(a) *Pos. un.*

quidquam occurrit. Modi, quibus cura finitur, nec ibi, nec usquam uno loco traduntur; non est alius commodior, quam hic locus de illis agendi. Primus igitur modus, quo CURA finitur, est aetas 25. annorum, quae virilem vigorem impleri constat. *l.* 1. *de Minor.* Idque ipso jure, sine ullo judicis decreto, tametsi curator rationes necdum reddiderit *d. l.* 1. Quod et Curiae nostrae visum in hujusmodi causa. Titia haeres instituta erat sub conditione exhaeredationis, si absque consensu Sempronii curatoris sui nupsisset. Post impletos 25. annos aetatis, nupserat sine consensu Sempronii. Cum haereditatem e manu Sempronii peteret, et hic clausulam exhaeredationis, quasi impleta conditione, objiceret, condemnatus est, nulla ratione habita factorum, quae hinc inde jactabantur, eo solo, quod Sempronius tempore nuptiarum curator esse desiisset: etsi nec conditio illa, si maxime ante impletam aetatem nupsisset, legibus erat conveniens. *l.* 72. §. 4. *de Cond. et Demonstr. l.* 134. *pr. de V. O.* Ita in causa *G. B. cum soc. contra Corneliam Rosema, ante ferias Natal.* 1679.

3. Secundo finitur cura per veniam aetatis, quae concedi potest adolescentibus 20. annorum, puellis octodecim natis annos; si hae, licet absentes, per quinque testes, illi per tres, industriam et frugalitatem suam probaverint. *l.* 1. §. *ult. de Minor. t. tit. C. de His, qui ven. aet. impetr.* Est hoc jus penes Principem, *d. l.* 1. §. *ult. l.* 3. *pr. eod. l.* 1. *et l.* 2. *d. tit. C.* quia magistratus potestatem excedit, cum is sit minister, non dispensator legum. Sed apud nos a Curia Suprema exercetur, non quatenus est judicum consessus; sed quia habet reliquias principalis fastigii, cujus olim omnem habuit administrationem. In Hollandia haec venia ab Ordinibus, qui jus Principis habent, impetranda est: qui per modum gratiae indulgent hoc jus aliquando minoribus annis 20., quod Principes Romani sibi aliisque non indulgent. *dd. ll.* Neque Curia nostra, ne gravissimis quidem causis, etsi minor uxorem duxerit, mercaturam exerceat, munus publicum gerat, ut saepe recordor usu venisse. In tantum, ut cum petitori triduum a viginti annis deesset, venia tantisper dilata sit, quod accidit *d.* 8. *Novembr.* 1681. Methodus alioqui facilis est. Adolescens petit a Curia per libellum supplicem *commissarium*, qui in aetatem moresque supplicantis inquirat, item ec curator consentiat, vel justam habeat contradicendi causam; saepe enim invito illo venia conceditur; non aeque si petitor sit filiusfam. quia prius est emancipandus, quod non nisi e volente patre fieri, notum, et dictum est alias.

4. Fert ita Curiae stylus, ut non nisi praevia emancipatione, venia aetatis detur filiofam. Tu dices; separatae res sunt, venia aetatis et patria potestas. Nam venia nihil dat, quam quod aetas ipsa 25. annorum dabit, quorum jus venia repraesentat. Atqui filius annis 25. major, non solvitur patria potestate. Quare si aetas 25. annorum et patria potestas simul constare possunt, cur venia aetatis cum illa conciliari nequeat? Ratio est, quia venia non simpliciter repraesentat jus perfectae aetatis, sed tribuit administrationem bonorum suorum filio, quod patria potestas complectitur. Irritum igitur esset veniae decretum, quia patri suum jus auferri non potest. Quaesitum est, an filiusfamil. cujus pater uxorem, quae mater erat filii, malitioso deseruerat, quae et alii nupserat, veniam aetatis impetrare posset, cum patre absente emancipari nequiret. Primo visum est non posse, ad libellum *Isaaci de Goos. d.* 12. *Nov.* 1681. Biduo tamen post concessa fuit, secundis curis, hac ratione, quod pater injustam divortii causam praebens, usufructu bonorum filialium et administratione privatur, atque ipse monasterio, deprehensus, includitur. *Nov.* 134. *c.* 11. Quae res, etsi patriam potestatem non tollat, tamen ad veniam aetatis filio dandam sufficit; quia patria potestas, ut diximus, cum venia aetatis bene potest consistere, modo pater non habeat jus in bona filii administranda, quod hic deficiebat. Ex quo tamen non sequitur, si patri administratio certorum bonorum filio relictorum, a testatore prohibita sit, veniam aetatis sine emancipatione posse concedi; quoniam haec non ad certa, verum ad omnia bona, praesentia et futura pertinet. Modus, secundum quem venia in Hollandia petitur, expositus est a Groeneweg. *ad l.* 2. *C. d. tit.* Petitur autem et conceditur haec venia aetatis frequentissime. Quae res occasionem quibusdam populis dedisse videtur, ut in universum viginti annos aut unum et viginti, statuerent aetatem esse legitimam, ut tunc etiam res immobiles alienare possint, quod alioqui facere non possunt, qui veniam consecuti sunt. *l.* 3. *C. d. tit.* et jam diximus *ad tit. de Minor. n.* 10. In locis hodie, quibus summa potestas per se dat veniam aetatis, haec facultas alienandi res soli plerumque adjicitur, licet Imperator Romanus id facere solitus non sit, uti nec apud nos unquam fit, nec fieri posse videtur, per *d. l.* 3.

5. Tertius modus finiendi curam, est matrimonium puellae; non per se, verum per consequentiam, si veniat in manum mariti, jure veteri; moribus hodiernis, quia vir est curator uxoris, ideoque cessat hic modus, si vir ipse adhuc in cura sit: ut dictum *ad Tit. de Tutelis.* Adolescens per matrimonium non desinit esse in cura, nec jure communi, nec moribus nostris, aut plerarumque gentium, ut recte Christinae., *vol.* 2. *decis.* 132. *num.* 15. Etsi de Bataviae

moribus contra testatur Groeneweg. *ad d. l.* 2. *C. de His, qui ven. aet. imp. num.* 7. Vid. Zypae. *notit. jur. Belg. Tit. de Tutor. vers. Matrimonio.*

6. Quarto, tutela prodigorum et furiosorum finitur, ubi ad sanam mentem sanosque mores redierint, ut videbimus *ad tit. de Reb. eor. qui sub. Tut.* His adde reliquos modos, quibus tutelam accipere finem, constat *ex d. tit. Inst. Quib mod. Tut. fin.* excepta scilicet pubertate. Non est inter eos modos pactum, ut habuimus ad *praed. tit. Inst. n.* 4. Scilicet tutor vel curator, qui pactus est, ut alius post certum tempus curam susciperet, ex eo pacto agere alterumque cogere non potest, ut recte Sandius *lib.* 2. *tit.* 9. *def.* 4. At si magistratus tutorem curatoremve liberet a tutela curave curatorio decreto, ut saepe fit, an id jure fiat, adeoque tutor ille sic liberatus, omnino liber sit a periculo tutelae, non immerito quaeritur. De tutore quidem juris ratio non patitur, ut eum aliter a magistratu liberari posse statuamus, quam ex causis legibus proditis, quae certae et nominatim expressae sunt, quas habuimus, et habebimus *ad Tit. de Excus.* Magistratus igitur, quoniam est minister legis, nihilo plus hac parte potest, quam Tutores inter se; alioqui lex frustra certas causas nominatim praescriberet, si tutelae finis a magistratus arbitrio penderet. Quia tutela publici juris est, et certis modis finitur, hinc senatus censuit, conventionem de finienda tutela esse inefficacem, ait Sandius *d. def.* 4. Quae ratio magistratibus aeque convenit. Est haec res plane supra ministerium legum: ideoque Principis opus: et Princeps Romanus in talibus absoluta potestate sua non solet uti: posse tamen, non negem; et quia Curia Suprema jure Principis in talibus utitur, haec idem, ut videtur, decernere posset; factum id tamen esse, non memini, et est Curia nostra alias dispensationum parcissima. Sed magistratus inferiores, legum incuria faciliores se praebent; sic autem de illis est statuendum: si pupillus ex tali mutatione damnum sit passus, tutorem, qui ex causa legibus incognita dimissus et exauctoratus est, non esse liberum, nec ipsum adeo magistratum a subsidiaria pupilli actione *arg.* §. *ult. Inst. de Excusat. Tut.* De curatore videndum, an non diversa sit ratio: quoniam hic ab adolescente volente petitur. Et quidem, si contentus sit curatorem suum dimittere aliumque petere, et alius aeque idoneus curam suscipere paratus sit, admitti mutationem e Curia, non est insolens. Sed necessitas muneris publici, quae ex legibus oritur, quae leges curae quoque finiendae nominatim certos modos praescripserunt, cessare videtur; ut alius curator eo casu ad curam suscipiendam cogi non posset, quia publica necessitas ex legibus oritur. His autem talis delatio curae, propter causas legibus non expressas, plane incognita est; numerum vero causarum excusandi et finiendi, excedere non licet, *neque sententia senatus, neque alia qua adinventione, ut* est in *l.* 6. §. 3. *de Excusat. in simili.* juncta *l.* 17. §. 3. *in fin. eodem.*

7. Quid alioqui finita tutela fiat, quomodo pupillo prospiciatur, ad *praedictum tit. Instit. sub fin.* distincte explicatum est, ibique postremo loco scriptum est, matre secundis nuptiis e tutela remota, non legitimae, sed dativae tutelae esse locum, ex *Lege* 2. *C. Quand. mul.* ubi matri partes tutorem petendi imponuntur, quod et *superius* repetitum est, idque sic invenio judicatum e Curia nostra, apud Nautam, *die* 27. *Octobr.* 1640. qui addit etiam, matris petitionem non praescribere judici, quominus alium aptiorem eligere possit; quemadmodum illic avo materno, praelatus erat alius externi sanguinis, in causa *Leonort Ritskes cum soc. contra Gorbrich. Harmens et Egbertum Dominici.* Plura ad hunc tit. memorabilia non occurrunt. Nam quod de ratione differentiae laboratur, quamobrem tutor suspectus ob facultates suas non fiat, haeres fiat suspectus ob easdem, parum habet difficultatis, et a nobis expositum est in *lib.* 3. *Digress. c. pen.* ubi contra Wissenbachii nostri censuram in *Theodorum Graecum et Cujacium*, pro hisce disputavimus.

LIB. XXVII. TIT. I.

DE EXCUSATIONIBUS.

I Remissio et necessitas publica Tutelae. II. Causae excusatoriae. III. Prohibitoriae. IV. Causae deponendi veteres Tutelas. V. De modo excusandi positio prima. VI. Secunda et Tertia. VII. Quarta positio de appellatione, et Bachovii explicatio refellitur VIII. Responsio ad l. 13. h. t. *IX.* ad l. 16. h. t. *et alias. X. Resp.* ad l. 18. C. h. t.

(a) Hujus quoque Rubricae materiam, non modo in Praelectionibus ad parallelum *Institut. titulum*, sed etiam in Digressionibus *lib.* 3. *cap.* 20. exhausimus. Ut heic summaria dumtaxat complexio, cum singularibus, si quae sese offerant, observationibus exhiberi possiet. Cum ad omnia munera publica cives cogantur, *l.* 1. *de Vocat. et excusat.* tum haec necessitas in Tutelis et curis maxime a legibus intenditur, adeo ut tametsi quis munerum publicorum immunitate gaudeat, et tutela sit munus publicum, *pr. Inst. h. t.* tamen sub generali immunitate non continetur exceptio a tutelis et curis, *l.* 15. §. 12. *et l.* 17. §. 3. *h. t.* quo sensu accipiendum, quod *in l.* 8. §. 1. *d. t. de Vacation.* Tutela muneribus civilibus opponitur, non quod tutela non sit munus civile et publicum; sed quia vacatio munerum civilium non complectitur tutelas, quoniam ad harum exemptionem requiritur speciale privilegium. *dd. ll.*

2. (b) Causae vero speciales, quibus tutela et cura evitantur, non modo sunt excusatoriae, sed etiam prohibitoriae. Priores sunt vel publicae, vel privatae, ut haec sit bimembris divisio. Reliquae distributiones per quadrigam se praebere videntur. Nam publicae excusandi causae sunt *quatuor*, administratio fisci, potestas sive major magistratus, absentia Reipubl. causa, et professio artium. Fiscalis administrationis etiam quatuor articuli ponuntur, fisci in specie, rei dominicae. *l.* 41. *h.* Cura vectigalium, *l. un. C. Ne Tut. vectig. cond.* denique conductio fundi principalis. *l. ult. C. Qui dare Tut. vel curat.* Hanc ultimam causam moribus utique non observari putem. Nec enim fundi principalis aut dominici colonis, plus hac parte quam colonis aliis tribui videmus. Collectores etiam vectigalium, qui jure civili excusantur, *l.* 10. *C. de Exc. tut.* caet. his diebus eodem jure non gaudent. Longe enim alia est ratio collectorum nostratum, quam est exactorum in *d. l.* 10. Sed publicanos excusationem inventuros hodieque, non est dubium; quando et mores eorum a sinceritate et fidelitate tutoria plerumque sunt alieniores. *arg. l.* 12. *de Publican.* Denique et artium inprimis quatuor, excusatio admittitur, grammaticae, rhetoricae, Philosophiae, medicinae. §. 15. *I. h. t. l.* 6. §. 1. *et seqq. h. t.* Quanquam jure novo omnes academici doctores excusari videntur. *l.* 6. *C. de Profess. et Med.* Privatae excusationis causae, sunt etiam *quatuor*, Numerus liberorum trium, quatuor, quinque, juxta *pr. I. h. t.* Numerus tutelarum trium. Inimicitia, nisi quod capitalis potius sit causa prohibendi, *l.* 3. §. 12. *de Suspectis Tut.* Et Impotentia, cujus iterum *quatuor* sunt species, paupertas, morbus, senectus, et imperitia literarum; de quibus omnibus heic prolixius agere, post ea, quae *ad Inst.* dicta sunt, a proposito alienum foret. Illic igitur, et ad *Digressiones loco citato*, lector aequus se remitti patietur.

3. (c) Prohibitiones a tutela curaque sunt etiam *quatuor*. Minor aetas, causa litis, militia, denique natura; et haec bifariam, propter sexum, vel ob vitium. Ratione sexus, mulieres arcentur, matribus ac aviabus exceptis. Vitia sunt quatuor, dementiae, surditatis, mutorum et surdorum. Una ex causa, quae tantum a cura prohibet, matrimonium. Clericatus partim prohibet, partim excusat. Nempe a legitima tutela clerici arcentur, a testamentaria et dativa exclusi non videntur *per Nov.* 123. *c.* 5. ibique Cujac. et Rittershus. Hasce causas apud *Instit.* plene expositas, heic summatim recensuisse, uti nunc est, sufficit. Moribus, ex his causis matrimonium causa prohibitionis esse desiit. Verum et hoc absolvimus ad *Inst. d. tit. num.* 16. Idem de clericis factum, *num.* 18. Moribus nostris, accessit prohibitionum causis religio. Quippe judaeus, qui juri civili non prohibetur esse tutor non judaeorum, sive impuberum christianorum, *l.* 15. §. 6. *h. t.* his diebus et terris prohibetur, teste Zypaeo *Notit. Jur. Belg. Tit. de Tutor. vers. Iudaei.* Busio ad *d. l.* 15. §. 6. Quin

(a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 2. 3. 6. *et* 7. (c) *Pos.* 4. 5. *et* 8.

et Pontificii arcentur a tutela pupillorum, qui alterum parentem reformatae religionis habuerunt, qua de re extat Edictum Ordd. Generalium *d.* 30. *August.* 1641.

4. (d) Ad *Instit.* sunt omissae, nescio qui, causae ad deponendam veterem tutelam proditae: nam quae sunt demonstratae, ad declinandam noviter oblatam pertinent. Veterem tutelam ob sequentes causas amoliri licet: I. Si quis trans mare absit Reipubl. causa. II. Si quis consilio Principis sit admotus. *l.* 11. §. 2. *de Minor.* III. Si quis Senator Reipubl. factus sit. *l.* 15. §. 3. *h.* IV. Si jussu Principis domicilium mutaverit. *l.* 12. §. 1. *h.* V. Si valetudinarius tutor, aut coecus sit factus. *l.* 40. *h. t.* Surdus et mutus improprie illic adduntur, quia non tantum iis *permittitur* deponere tutelam, sed etiam coguntur, *l.* 1. §. 2. *et* 3. *de Tutel.* cui accedit, quod auctoritatis incapaces sunt, ex *d. l.* 1. §. 2. Caeterae causae supervenientes, adeo non liberant a vetere tutela curave, uti ne quidem prosint, quando lite excusationis pendente, nascuntur. *l.* 1. §. 8. *et l.* 28. *in pr. h. t.* Debet etiam ex causis *supra* enumeratis praecise existere; nam plures imperfectae, licet accumulatae, pro una non sufficiunt, ut exempli inductione declaratur in *l.* 15. §. 11. *h. t.*

5. (e) Sequitur modus excusandi, qui diversis positionibus constat. Prima, fieri debet pro tribunali, non per libellos; hoc est, causa cognita, non de plano, *l.* 25. *h. t.* (de oppositione eorum, quae pro tribunali atque per libellos fiunt, egimus ad *tit. de Judic. n.* 34. *Part. II. pag.* 231.) quamvis ad impediendam praescriptionem, recte libellus offeratur. *l.* 13. §. 10. *h.* Inter quos textus ita nulla contrarietas, monente Wissenbachio nostro *ad h. t. th.* 14. qui recte etiam addit, quod excusatio tanti momenti esse creditur, ut tribunal requirat, inde non sequi, absentem se per procuratorem excusare non posse; magis enim est, ut possit. *arg. l.* 5. *de Tutor. et Curat. dat. et l.* 19. *C. de Administr. Tut. et Cur.* Moribus nostris idem quod ad causae cognitionem attinet, plerumque sane observatur, ut si quis tutor datus excusare se velit, et requirentes se opponant, causae cognitio adhibeatur: etsi id ita perpetuo non fiat. Saepe enim per libellos, aut extra ordinem in recessu Curiae, per *commissarios* de plano expeditur, ut excusantes audiantur et excusatio vel admittatur vel rejiciatur. Ut tamen si *processus* litis petatur, plane causae cognitio negari non possit. Quando etiam diversi tutores dati vel dandi inter se contendunt, etiam quaestionem per libellos absolvi non posse, verum causae cognitionem et *processum*, qui dicitur, adhibendum Curia nostra censuit *d.* 18. *Junii* 1688. ad ejusmodi libellum supplicem: etsi nec id negaverim, posse rem adeo facilem et liquidam esse, ut extra ordinem atque de plano, maxime si partes ad *processum* et tribunal non provocent, expediri queat.

6. Secunda positio ad modum excusandi pertinens, haec est. Causa excusationis proponi debet intra dies quinquaginta. *l.* 13. §. 1. *et seqq. h.* Qua de re satis egimus *ad Inst. h. t. n.* 13. Tertia regula. Qui plures habet causas, omnes inde ab initio proponere debet. *d. l.* 13. §. 8. Enimvero potest etiam testari unam solummodo. *ibid.* §. 10. Et, si hanc rejici contigerit, plures intra eosdem quinquaginta dies urgere non prohibetur; *l.* 21. §. 1. *h. t.* sed quia facile fieri potest, ut de una causa tam diu litigetur, ut quinquaginta dies elabantur, satius est, omnes simul proponere, ut de omnibus pariter disceptetur. *d. l.* 13. §. 8. Atque haec judiciorum, in quibus Romani juris hac parte viget observantia, forique nostri methodo satis consentanea esse videntur.

7. (f) Quarta positio. Tutor, qui excusationem parat, et qui olim statim appellabat, hodie causam prius apud judicem inferiorem proponere debet, eoque rejiciente causam, appellare potest, auctore Marco Caesare in *l.* 1. §. 1. *ff. Quand. appell.* Immediate non potest appellari, ut probavimus ad *h. tit. Inst. n.* 13. *post med.* Sed quia plures reperiuntur textus, in quibus post tempora Marci adhuc mentio fit excusationis per appellationem, quos in *d. th.* 1. *in fine* collocavimus, res jubet, idque ibi condiximus, ut responsiones ad illos textus suppleamus, idque propter dissentientes, qui verbis *d. l.* 1. §. 1. de Marci Constitutione loquentibus alium sensum addunt: Atqui verba tam clara sunt, ut mirum sit, viros summos dissentientes adeo hic torqueri, *Non oportet provocari*, ait textus; sed *excusationem allegandam habet*; expresse per formam praecepti, *et si fuerit repulsa, tunc demum appellare debebit*: manifesti gradus. Excusatio prima, sententia judicis, appellatio. Tandem, ne quid dubitetur *ante frustra appellatur*, ait; neque enim valet appellatio per saltum facta, et omissis his, qui sunt ex imo ordine. *l.* 21. *pr. de Appell.* Bachovius in diversum verba capiens ita rem explicat, cum alibi, tum in *coroll.* 1. *disp.* 2. *de Action.* Olim non alia quam appellandi via patebat; hodie tutor se primo in judicio excusare potest, idque solet fieri. Tamen et statim si velit, provocare potest, sed appellatio, pergit, est frustranea, nihilo plus per eam consequitur tutor, quam si recta via judicem adiisset, cum

(d) *Pos.* 10. 11. 12. 13. *et* 9. (e) *Pos.* 14. (f) *Pos.* 15.

et in appellatione causas exponere debeat; Verum hanc glossam contextus minime fert, *frustra appellatur*, id est, non potest appellari, simpliciter, ut in *pr. d. l.* 1. *non frustra* appellari dicitur, id est, posse appellari, et in *l.* 3. *in fin. C. de Tut. qui sat. non ded. Frustra restitui desideras*, cum actus ipse jure sit irritus, nec locus sit restitutioni. Imo si valeret provocatio, non careret fructu, contra quam Bach. quia tutor sine mora et circuitu exitum causae haberet, qui nunc duplici instantie eget.

8. (g) Opponuntur verba Modestini in *l.* 13. *h. t.* Tutores *necesse non habent* appellare. Sed haec accipi debent, ut in *l.* 13. §. 12. *eod.* Tutor, qui non est jure datus, *necesse non habet* excusari, cum ne possit quidem, nec ipso jure teneatur. Excusationi enim tunc demum fit locus, ubi magistratus tutorem non jure datum confirmare instituit. *l.* 16. *in fin. eod.* Sic etiam §. 13. *h. t. Inst.* minori *non est opus* excusatione, qui nec potest, cum plane prohibeatur. Item in *l.* 24. *de Captiv.* Captis in bello civili et a latronibus postliminium *non esse necessarium*, esse *supervacuum* dicitur, quod tamen prorsus non competere, ipse textus docet. Arbiter *non cogitur* sententiam dicere, cum arbitrium est ipso jure nullum, *l.* 32. §. 1. 7. 9. *de Recept. qui arb.* quod ibi est *non cogere*, hoc in §. 6. est, *vetare debet Praetor.* Verba legis Juliae, *ne* minor 20. annis judicare *cogatur*, explicat Callistratus, *nemini licere* minorem 20. annis judicem deligere, *l.* 41. *d. t.* Sin *non necesse habet* tutor appellare, id est, appellatio olim necessaria, nunc sublata est, nec locum habet amplius.

9. Sed ad *l.* 16. *h. t.* quid dicemus? *Cum liceat Nigidio a curatione etiam, citra appellationem se excusare.* Licet *citra*, ergo potest per appellationem; et hoc inde non magis sequitur, quam ex *necesse non habet.* Sed particula *etiam*, videtur ἐπιχείρησιν et concessionem oppositam notare. Bene habet, si oppositionem intelligamus non inter τὸ appellare, et *non* appellare, sed inter tutelam et curam. Nigidius et tutor et curator erat datus; nec tantum a tutela, ait JC. sed etiam a curatione licet excusari; citra appellationem, ut D. Marcus statuit; proinde signum commatis non debet poni post verbum *curatione* sed post vocculam ETIAM. Puncta et commata Editorum arbitrio sunt posita, cum in archetypo Florentino non habeantur. Eo sensu, non *licet*, nec *etiam* obstat, Reliqui textus, quibus utuntur, appellationis meminerunt; sed nihil vetat eos positis terminis inhabilibus accipi, excusatione prius allegata. *l.* 4. *h. t. l.* 39. §. 6. *de Admin. tut. l.* 2. *et pen. de tut. dat. et l.* 17. §. 1. *de Appell. etc.* Vel appellationis ideo simpliciter fit mentio, quia cum in recenti usu fuisset appellatio directa, neque adhuc prorsus in usu esse desiisset, solitam locutionem post Marcum quoque frequenter retinuerunt, utique ubi de excusatione in genere et non de modo ejus exacto loquebantur.

10. (h) At in *l.* 18. *C. de exc. tut.* Impp. rescribunt, Tutores appellare, *necesse non habere*, ut in *d. l.* 18. sed addunt, *Quapropter licet non appellasti*, excusare te *apud Praesidem non prohiberis.* Inepte haec dici videntur, si appellari prorsus nequeat. Sed apparet, supplicantem putasse, a tutela, ut ab aliis muneribus, statim appellandum fuisse, quem scrupulum Impp. eximunt. Non est quod metuas, appellatione omissa te excludi ab excusando, quia appellatio est superflua et frustranea. Aliis persuasum est, constitutionem D. Marci hac parte non fuisse receptam, adeoque recentiores juris auctores adhuc directae appellationis meminisse. D. Wissenb. *disp.* 8. *Inst. th.* 33. et ad *d. l.* 18. Praxis fori D. Marci ordinem servat, teste Perezio *ad d. tit. C. n.* 16.

TIT. II.

UBI PUPILLUS EDUCARI VEL MORARI DEBEAT ET DE ALIMENTIS EI PRAESTANDIS.

I. Prima pars Rubricae exponitur. II. An vitricus privigni Tutor esse queat. III. Pars secunda Rubricae.

(a) Hujus tituli argumentum, ex usu potius, quam juris ratione profluxit: Erat enim pars administrationis tutelaris, pupillum alicubi educandum elocare. Sed Romae praetores frequentissime adiri sunt soliti, ut constituerent, ubi pupilli alerentur vel morarentur. *l.* 1. *in pr. h.* Quod cum hodie non fiat, aut rarissime, non est mirum, nunc ad juris rationem reditum, ut hujus rei arbitrium tutoris administratione comprehendatur. Non tamen adeo absolute, ut si mater aut propinqui a tutore dissentiant, magistratus arbitrium implorare nequeant, quem

(g) *Pos.* 16. *et* 17. (h) *Pos.* 18. (a) *Pos.* 1. *et* 2.

usum hujus jurisdictionis indicat *Lex.* 1. *C. h. t.* Mater omnibus praefertur, nisi vitricum liberis superinduxit. *d. l.* 1. *C. h.* Et tamen hoc jus maternum hodiernis moribus tam efficax habetur, ut ne matri quidem ad secundas nuptias transeunti, liberorum educatio adimi soleat, quemadmodum docet experientia et Zypaeus *Notit. de secund. Nupt. in fin.* Perez. *ad tit. C. h. fin.* Si tamen justae causae diversum suadeant, neque tutori liberum hujus rei arbitrium ab eadem matre cognatisque permittatur, ad Praetoris officium recurrendum foret, qui tum ex persona, ex conditione, et ex tempore statueret; aliquando etiam praeter ipsius patris voluntatem e. praescriptum. *d. l.* 1. §. 1. *D. h.* Atque in omnem eventum non facile apud eos, qui successionem expectant, *d. l.* 1. §. 1. *et l.* 2. *C. eod.* qua de re videri possunt, quae *libro* 3. *Digressionum cap.* 12. disseruimus.

2. (b) Ubi et hoc, an vitrici, matre submota, ad tutelam admittantur. Memorantur equidem vitrici tutores in *l, ult. C. de Contrar. Tut. jud et l.* 32. §. 1. *de Adoption.* sed fieri potest, ut tutores fuerint, antequam matres pupillorum iis nuberent; datos fuisse vitricos, nusquam liquet; nec valde consentaneum est, ut hi, propter quos matres a tutela ejiciuntur, ipsi pupillis praeficiantur. At nostro seculo, et solo, non convenit tam atrox et funeste in vitricos matresque binubas suspicio, qualis in jure praefertur, nec ideo a tutela, si petantur, hominesque frugi et graves sint cogniti, excluduntur: etsi in concursu cum aliis et renitentibus propinquis, facile praetereantur, imo jam electi postponantur, ut apud nos saepe factum. Proinde sic erit, ut haec res magistratuum arbitrio commissa videatur.

3. (c) Porro alimenta decernit praetor, consulente tutore, *l.* 2. §. 2. *h.* ita ut semper aliquid ex reditu, si potis est, supersit. *l.* 3. §. 1. *et* 3. *h.* Si tamen intersit pupilli, statum patrimonii non propagari, tunc eum suo arbitratu tutor frugaliter alet, *l.* 2. *C. De Alim. pup.* quod moribus hodiernis in universum indistincte observatur. Etiam vero in universum illud Ulpiani salubre monitum; dandam esse operam, ut *semper aliquid ex reditu supersit. l.* 3. §. 1. *h. t.* Quod non modo tutoribus, sed cuilibet patrifam inculcat Aristoteles 2. *Occon.* Τ'ἀναλώματα μὴ μείζω τῶν προσόδων, *Impensae ne reditibus sint majores.* Dumtaxat unicus as superfuit, ut virum celebrem et qui rem fecerat, haeredi suo in extremis commendare memini.

T I T. III.

DE TUTELAE, ET RATIONIBUS DISTRAHENDIS, ET UTILI CURATIONIS CAUSA, ACTIONE.

I. Remissio, et usus Tit. II. Rationum redditio duplex. III. Modus et via reddendi rationes. IV. De rationibus distrahendis actio quae, et ratio nominis. V. Differentia ejus ab actione Furti. VI. De utili Curationis causa actione, remissive.

(a) Tria membra tituli praefert haec Rubrica; de actione tutelae, de rationibus distrahendis, et de actione curae † De prima et posteriori parte, sat actum *ad Instit. de oblig. ex quas contr. num.* 3. *et* 4. *pag.* 343. *sequ.* ubi et hoc; quod jure civili rationes non nisi finita tutela exigi possunt, plerosque in foro tradere mutatum, ut tutor quotannis rationes reddere cogatur, * sicut de Hollandiae moribus testatur Grotius *lib.* 1. *Introd. c.* 9. *n.* 18. de aliis nos

(b) *Pos.* 3. *et* 4, (c) *Pos.* 5. (a) *Pos.* 1.

† Tutores et curatores, qui, quod juramentum malitiae et paupertatis nomine egenorum suas et tutelae et curae commendatorum praestare nolint, agere eorum nomina neglexerunt, ob jura pupillorum caeterorumque, qui rebus suis superesse nequeunt, indefensa relicta, tutelae et curatelae judicio tenentur. *O. P. S. E. I. et E. Tit.* 1. §. 11.

* Nostro quoque jure tutores sine discrimine, sive sint testamentarii, sive legitimi, seu dativi, Magistratui quotannis tenentur rationes reddere, *P.* 2. *C. El.* 11. *Res. Gr. d. Ann.* 1669. *grav.* 6. quibus rationibus pupilli proximi cognati interesse non prohibentur, *a. L. R. l.* 1. *art.* 3. *d. gr.* 6. verb. *jährlichen, ohne Unterscheid von allen Tutorn die Rechnung abfordern, dieselbe denen nachsten Freunden ubergeben. Corp. Jur. Sax. pag.* 582. Conf. *Leitziger Vormund-schaffts-Ordnung.* §. 26. *sequ.* Excipitur tamen tutor, qui simul proximus pupilli haeres est, a quo non quotannis, sed finita demum tutela rationes exiguntur. *L. R. l.* 1. *art.* 23. Quam exceptionem in Electorali quoque Saxonia, non obstante Constitutione Electorali, locum habere, defendit Carpz. *ad eand. C. def.* 3. et 5. Berl. *P.* 2. *Concl.* 12. *n.* 15. Philip. *ad Dec. El.* 36. *Obs.* 1. Dissent. Moller. *ad d. C. n.* 8. *jung.* Franzk. *ad* §. *f. I. de Attil. tut. n.* 80. *sqq.*

illic et Groeneweg. ad *l.* 16. *C. de Admin. Tut.* Sed ubi nihil de anno peculiariter statutum est, tenendum id est, quod jure civili de cura proditum legimus: *Cum curatore pupilli sive adolescentis agi poterit, et si usque adhuc cura perseverat l.* 16. §. 1. *h. t.* quod de tutore secus est, in *l.* 4. *pr. et l. Si Tutor* 9. §. 4. *h. t.* Hoc discrimen tutorum et curatorum hodie cessat, ut reliquae illorum differentiae, tutoresque ad instar curatorum hac parte redacti sunt. Et sic apud nos obtinet; de annuis rationibus nihil habemus, neque servantur. Quanto vero petuntur rationes a propinquis, vix est ut negari possunt, neque solent.

2. Videtur autem esse duplex rationum redditio. Una de universa administratione, altera de singulis rebus commissis et omissis tutorum. Atque ad hanc quidem tenentur quilibet tutores. *Nam in omnibus, quae fecit Tutor, cum facere non deberet, item in his, quae non fecit, rationem reddet hoc judicio, praestando dolum, culpam, et quantum in suis rebus diligentiam. l.* 1. *in pr. h. t.* Ad priorem tenentur, quibus administratio jure commissa fuit, et quae ab iis quibus administratio non incubuit, exigi non potest, ut diximus, exemploque rei judicatae declaravimus, *ad tit. de Administr. tut.* Est autem haec pars obligationis, mixtae naturae, consistens in facto et in datione. Factum est explicatio rationum; datio consistit in praestatione reliquorum, quae de patrimonio deque *acceptis* pupilli supersunt, *l.* 82. *de C. et D.* quod est verum de rationum redditione postrema, quae fit, quanto tutor officium deposuit. Sed quae perseverante cura fiunt rationes hodie, non habent illam mixturam; sed in facto solo consistunt: datio et reliquorum praestatio ad finem tutelae differtur: quomodo et accipienda fine dubio Sandii expositio et decisio, relata in *lib.* 2. *tit.* 9. *Def.* 12.

3. Modus reddendi rationes. constat duabus partibus, *Ut tutor legendas offerat rationes primum, deinde computandas. d. l.* 82. Hic modus exacte servatur in foro. Tutor enim vel curator rationes publicas redditurus, primo eas exhibet, et eorum judice vel arbitrio tradit adversario, qui promittit, se intra certum tempus eas *reproducturum* ut apud nos loquuntur. Hoc ideo fit, ut sciant hi quorum intereat, *quid in quaque ratione scriptum sit, ut legant, examinent, excipiant. d. l.* 82. An accepta eundem in iis contineantur; an inter expensa non siat, quae induci oporteat. Si quid ejusmodi notabile reperiatur, pars altera non modo rationes reproducit, sed oppositionem addit, vulgo *Debat*, qua petit acceptis addi, vel expensis adimi, quod deficere vel superesse putat; hoc si curatori displiceat, ab illo refutatur, ideoque tum concludere solet, ut pars altera condemnetur ad rationes, uti sunt, computandas et concludendas, quae lis prius sententia terminatur. Atque tunc, vel si in materia nihil desideretur, statim post reproductionem, fit transitus ad computandum; non simpliciter, sed ita ut *explorentur, imputationes probe an improbe referantur. Accepta recte relata, an non recte Ut ita res quidem incipiat a facto, desinat autem in pecuniam*, non ut est, *in folle* simpliciter offerendam; sed postquam *cautiones et instrumenta omnia actus sui exibuerit. d. l.* 82. Si res ad litem veniat, haud raro in longum implicatur atque producitur; et est negotium multis plerumque factis articulisque intricatum.

4. (b) Actio de rationibus distrahendis, datur adversus tutorem, qui rationes improbe computavit, subtractis pupilli pecuniis, nec inter accepta relatis, in duplum. *l.* 1. §. 19. 21 *et ult. h. t.* Origo ejus est ex lege XII. Tabularum. *l.* 55. §. 1. *de Admin. Tut.* Nomen unde sit, varie explicatur. Cujacius τὸ *distrahere* exponit, *conturbare*, quasi factum tutoris sit, ut distractio sumitur in *l.* 26. *de Liberat. leg.* ubi *quidquid ex distractione ad tutorem pervenerit.* Atqui tum potius haec actio de rationibus *distractis*, id est, conturbatis dicenda fuerat. Nec enim a parte pupilli id agi intelligitur, ut rationes conturbentur. Alii sic; *de distrahendis seu dirimendis controversiis circa rationes de pecunia intercepta*, ut Struvius *ad h. tit. Ex* 31. *n.* 67. Tu vide, ne non appellatio ab intentione actoris petita videatur, quae est haec, ut rationes male conceptas rescindat, quomodo *distrahere* sumitur in §. 1. *in fine de Oblig. quae re contrah.* ubi *negotium distrahere potius quam contrahere.* Item distrahere, id est, rescindere matrimonium, *in l.* 2. *de Divort. l.* 7. *C. de donat. ante Nupt.* Idque Basilici velle videntur, quando actionem de rationibus distrahendis, vocant περί τοῦ παρατίθεσθαι τοὺς αὐτοὺς λογισμοὺς, *de rationibus ipsis transponendis atque mutandis, lib.* 38. *tit.* 3. quo facit etiam melius, quod idem Struvius, *distrahendis* explicat, *dispungendis.* Nec tamen *in d. l.* 26. distractio non ipsam aversionem pecuniae pupillaris significare videtur. (1)

5. (c) Concurrit haec actio cum actione furti, si lucri faciendi animus, ut plerumque solet,

(b) *Pos.* 2. 7. *et* 8. (c) *Pos.* 3. 4. 5. *et* 6.

(1) *De ratione hujus nominis*, *confer omnino Corn. van Bynkershoek* observat. lib. 6. cap. 8.

adfoerit. *l.* 2. §. 1. *h. t.* Sed juvat seire differentias inter hanc et furti aetionem, 1. Furti actio est mere poeoalis, haeo in duplom, cui res ipsa sive pretiom ioest. *l.* 1. §. 20. *h. t.* 2. Actio furti contra singulos datur in solidum, ita ut unius solutio reliquos non liberet, haec actio contra. *l.* 55. §. 1. *de Admin. Tut.* 3. Actio furti eum actione tutelae concurrit cumolative, utraque effectum habeote. *d. l.* 1. §. 22. *d. l.* 2. §. 1. De rationibus distrahendis, cum tutelae actiooe concurrit elective, ut baeo oon modo per illam tollatur, sed etiam tutelae actiooe mota, cesset de rationibus distrahendis. *d. l.* 1. §. 21. Hoc quidam ita aecipiunt, quod eesset ratiooe ejus quod ioterest, non qood ad poenam attinet. Aoalogiae juris id ita consentaneum esse, constat ex iis, quae tradita ad *tit. Inst. de Action. n.* 33. scil. rei persecutoriam actiooem non tollere mixtam, nisi quod ad rem, non quoad poenam, neo ooam actionem tolli per alteram, quatenus in altera plus est. Sed verba textus *in d.* §. 21. hanc aoalogiam non feruot. Verba, *In tutela ex una obligatione duas esse actiones constat, et ideo, sive tutelae fuerit actum, de rationibus distrahendis agi non potest*, etc. Eadem ratione per condictionem furtivam tollitur haeo actio, quia oihil abest pupillo. *l.* 2. §. 1. Est omnino huic actioni proprium, quod delictum huic sit tutelae administratione involutum, *d. l.* 55. §. 1. *de Adm. Tut.* actionisque tutelae haec quasi accessoria sit actio; ut si ex administratione tutelae oihil absit pupillo, quia suum jam coosecutus est, actiooe tutelae sublata, oe haec quidem competat. Huic disputationi hodie oon esse locum, satis ex loco generali constat, quod actiones pecuniariae poeoales jure civili proditae, his temporibus cessent, ut ad *tit. de Actionibus* dicendum, et saepe jam praedictum est.

6. (d) Curationis causa quae dicitur actio in Rubrica, quo respecto utilis appelletur; item, an et quatenus, perseverante cura, detur, satis ad *Inst. loco citato* declaratum est; Item quare nulla de cura detur actio directa, in *lib.* 3. *Digress. cap.* 19. Moribus, hanc quoque cessare differentiam, ex eo, quod tutela et cura io unam fere consonantiam redactae sunt, satis intelligitur.

TIT. IV.

DE CONRARIA TUTELAE ET UTILI ACTIONE.

I. Expositio Rubricae. II. An Tutor, qui pro pupillo fidejussit, finita Tutela conveniri possit. III. Idem obtinere in utili Curationis causa actione.

(a) Tutor contra pupillum pro iodemnitate sua, actionem habet contrariam, *l.* 1. *et ult. h.* licet impensae supra vires pupilli sint factae, nec non male cesseriot, *l.* 3. *pr. et* §. 7. *h.* modo sc. justa ex causa sint factae. Potest hoc judicium vel per modum reconventionis, vel actionis separatae exerceri, quamvis pupillus nihil moveat. *l.* 1. §. 4. *l. ult. h.* Etiam de rationibus distrahendis actioni recte opponitur. *l.* 2. *h.*

2. Denique, *si obligaverit se pro pupillo, habet contrariam actionem tutor, et antequam solvat, ut liberetur. d. l. ult. h.* Hanc legem recte interpretes accipiunt de tutore, non qui quoquo modo se pro pupillo obligavit, etiam citra novationem; sed de eo tantom, qui expromisit pro pupillo, novatione facta, et in se translata obligatiooe, verba sunt Wissenbachii ad *h. t. n. ult.* eademque cum caeteris dicta sunt Cujacii 26. *obs.* 20. Docet autem is ipse, tutorem, qui novatione facta se reum solum pro pupillo constituit, finito officio conveniri posse, exemplo curatoris Reipubl. de quo id scriptum est in *l.* 3. §. *in eum.* 2. *de Administr. rer. ad Civit. pertin.* Quod si tutor citra novationem pro popillo fidejusserit, vel constituerit se soluturum, vel mandaverit, hunc finito tutelae officio a creditoribus pupilli cum effectu conveniri posse, negat Cujacius ex *l.* 5. *Quand. ex fact. Tut. l.* 28. *de Admin. Tut. l. cum quaedam.* 26. *C. eod.* Ego subsisto. Quin jam contra ex Fabri et Curiae nostrae sententia scripsisse videmur *ad tit. de Administr. tut. num.* 14. Res est frequentis et magni usus. Diocletianus et Maximianus: *Si non subscripsisti, quasi fidejussor, frustra vereris, ne ex ea intercessione, qua signasti ut curator, conveniri possis. l.* 15. *C. de Administr. Tut.* Agnoscunt intercessionem a fidejussione distinctam. Ejusmodi intercessio est, quando tutor se et pupillum obligat in qualitate tutoris. Hujus intercessionis respectu mater tutrix renunciat Scto Vellejano; Sed tamen haec cum tutela

(d) *Pos.* 10. *et* 11. (a) *Pos.* 1. *et* 2.

finitur, *d. l.* 15. juxta quam scripsimus *in d. th.* 14. Fidejussio ab illa diversa est, quando tutor hoc animo in se recipit obligationem pro pupillo, ut si hic non solvat, ipse teneatur, quam esse distinctam a novatione, per quam pupillus plane liberandus esset, doctrina expromissionis, quae est in §. *Praeterea.* 3. *l. Quib. mod. toll. oblig.* satis indicat; atque talis fidejussio tutorem, officio quoque finito, facit obnoxium. *d. l.* 15. Ergo non sola novatio sive expromissio, ut vult Cujacius, reddit tutorem, finita tutela, creditoribus obnoxium. Etenim cur fidejussio, qua tutor spopondit pro pupillo, non aeque eum obliget suo nomine, quam procurator, qui se pro domino obstrinxit, suo nomine, tenetur, ratio nulla apparet. Praecipuus Cujacii textus, est in *d. l.* 5. *Quando ex fact. Tut. vel Curat.* ubi Papinianus; *post mortem furiosi, non dabitur in curatorem, qui negotia gessit, judicati actio: Non magis quam in tutores: Si modo nullam ex consensu, post depositum officium novationem factam, et in curatorem vel tutorem obligationem esse translatam, constabit.* Ex quibus verbis colligendum videtur, non dari in tutorem, officio finito, actionem, nisi obligatione per novationem in ipsum, idque post depositam tutelam, translata. Quod plane esset enorme, ut ne quidem novatione tempore tutelae facta, post ejus exitum tutor teneretur: quod tamen in ipso curatore Reipubl. a quo Cujacius argumentatur, est indubitatum. *d. l.* 5. Dic igitur, et sic plana res est, Papinianum agere de obligatione tempore tutelae simpliciter contracta, ratione officii. Ex hac tutor, officio finito, conveniri non potest, nisi per novationem deinde specialiter factam. Textus in *l.* 26. *C. de Admin. Tut.* nihil habet, quam quod tutor, officio finito, non teneatur. In *l.* 28. *D. eod. tit.* Tutor cavit pro pupillo, et tamen tutela finita, ex ea cautione non tenetur. Sed cavit, opinor, tanquam tutor, idque certum est, se ita post tutelam teneri desinit. Quod si caverit pro pupillo et pro se, cum obligatione pupilli suorumque bonorum, et pro haeredibus suis, etsi nulla novatione facta, fides et ratio non patiuntur, ejusmodi obligationem non esse perpetuam. Non est igitur dicendum, *legem ult. h. t.* de casu novationis solo accipiendam, de quo nominatim loquitur; sed de quavis obligatione pro pupillo facta, quae distincta esset ab obligatione in qualitate tutoris; sicut obligatio procuratoris in *l.* 67. *de Procuratorib.* distincta est ab obligatione qualitatis procuratoriae. Potest autem tutor *in d. l. ult.* agere contraria, priusquam solverit, eo quod officium ejus sit finitum, et adolescens ad ipsum ab omni periculo eximendum tenetur: etsi adversus creditorem nihilo magis se movere potest quam fidejussor quivis, ut dictum *ad tit. I. de Fidejussor. n.* 10. Non est igitur causa recedendi ab iis, quae superius collocata veritatique legali non minus, quam usui rationali consectanea sunt. Hoc interim servet lector, quod aliqui tutorem nimis facile e verbis tralatitiis teneri volunt suo nomine, ut *supra* indicavimus, id ex hisce disputatis intelligi, a jure nimis esse remotum.

3. Quod de contraria tutelae actione diximus, ad utilem curationis causa actionem per omnia transferendum est, *l.* 1. §. 2. *h.* Uterque usuras pecuniae amplius expensae quam receptae, tam durante quam finita tutela, exigere potest, *l.* 3. §. 4. Caetera textus ipsi dabunt.

TIT. V.

DE EO, QUI PRO TUTORE, PROVE CURATORE NEGOTIA GESSIT.

I. Qui pro Tutore gerat. II. Cur tam frequens olim hic error. III. Actionis hujus proprietas et sequela, ubi de tacita hypoth.

(a) Pro tutore negotia gerit, qui cum tutor non sit, munere tutoris fungitur, sive se putet esse, sive sciat, non esse Tutorem. *l.* 1. §. 1. *h.* Imo qui cum sit tutor, se nescit esse testamento datum, pro tutore tamen gerere dicitur. *l.* 3. *h.* Huic opponitur is, qui gerit *quasi* tutor, §. 5. ubi vox *quasi* non notat fictionem, sed veritatem, ac si diceres, *tanquam* Tutor; quomodo vocabulum *quasi* frequenter accipi, docet Brissonius *de verb. signif. voce Quasi.* Quamvis et aliter in hac ipsa *l.* 1. *in pr.*

2. Sed mirum est, quod Ulpianus *in d. l.* 1. *pr.* hanc actionem scribit esse *necessariam, quia plerumque incertum sit, utrum quis tutor, an vero pro tutore administraverit tutelam; solent enim magni errores intercedere, ut discerni facile non possit,* inquit. Atqui tam frequentes et magnos hac parte errores committi, non videor observasse in hominibus et diebus nostris. Imo rarissime et difficilime id evenire videmus, utique per errorem: quod enim finita cura nonnulli in administratione

(a) *Pos.* 1. *et* 2.

perseverant, hodieque ut olim, *l.* 33. *in f. de Admin. Tut. l.* 14. *de Tut. et Rat. distr.* vix est ut per errorem fiat. Qui curatores ad actum divisionis dantur, hos aliquando per suum aliorumque errorem res minorum deinceps administrasse, compertum habeo; neo hi ad hunc titulum non pertinent; sed rari sunt hoc genus errores. Differentiam inter veterum crebros et rariores nostros errores arbitror esse, quod veteres nullam magistratuum confirmationem testamentariis et legitimis tutoribus adhibebant; quod cum hodie fiat et publicis actis inseratur, ea re facilitas errorum hac parte satis occupatur.

3. Officium ejus, qui pro tutore gerit, est idem, quod veri tutoris, eamdemque praestat diligentiam, *l. pen. h. t.* sed potestas non est eadem; nec enim alienatio ab illo, vel ejus auctoritate facta, eo casu, quo tutor rem vendere potest, valet *l.* 2. *h.* Potest etiam ante finem tutelae conveniri, quia tutor non est. *d. l.* 1. §. 3. *h. t.* Eadem analogia ipse potest movere contrariam. *l. ult. h.* Non est dubitandum, quin et tacita hypotheca, quae datur pupillis in bona tutorum et curatorum, ex *l.* 20. *C. de Administ. Tut.* aeque adversus eos, qui pro tutoribus egerunt, obtineat. Quia quod ad pupilli commodum attinet, per omnia loco veri tutoris habetur. *d. l. pen. et t. h. tit.* Atque ita consoltus respondi aliquando hujus urbis civi, qui cum habuisset curatorem ad actum divisionis et hic pro tutore deinceps administrasset, reliquator ultra ter mille sexcentos florenos extiterat. Facto concursu creditorum, arbitri etiam juris periti hunc ultimo loco posuerant, et dimidia parte sui crediti mulctaverant, quasi creditor dumtaxat esset personalis; auctor ei fui, ut rem in judicium deduceret; obtinuitque per sententiam commissarii Curiae primum locum, et integro suo credito potitus est, ut hypothecarius ratione temporis, ex quo ille pro curatore gesserat, *intor creditores Hotsii Mollinga pro Sibrando Mollinga anno* 1679.

TIT. VI.

QUOD FALSO TUTORE AUCTORE GESTUM ESSE DICATUR.

(a) Quis est falsus tutor? Qui se mentitur esse tutorem, cum sciat non esse, et dolo auctor est contractui inter pupillum et tertium inito. *l.* 1. *pr. l.* 7. §. 1. *h. t.* Atqui pro tutore dicitur etiam gerere, qui scit se non esse, et falsus est tutor. *l.* 1. §. 1. *tit. praeced.* Ergo falsus tutor bifariam teneatur, pupillo et tertio, quicum initus est contractus: pupillo actione protutelae, *d. l.* 1. ubi inter bonam malamque fidem non distinguitur. Utroque casu pupillo in id quod interest tenetur. *d. l.* 1. §. 1. *l. pon. d. tit.* Haec igitur actio *Quod falso tutore auctore*, non datur pupillo adversus eum, qui se pro tutore gessit, etsi hoc Struvius ex *l. ult. h. t.* probat ad *h. t. in f.* Utilis ibi actio non est praecedentis, sed hujus Rubricae, ut detur tertio, qui se non gessit ut falsum tutorem, sed responsio sua dedit occasionem contractui cum pupillo ineundi, per quem alter est laesus. In hoc edicto id agitur, ne contrahentes decipiantur. *l.* 1. *in pr. et l.* 11. §. 2. Quominus sane pupillus rem suam recuperare possit, nihil impedimento est. *l.* 6.

2. Duplex remedium praetor heic pollicetur. Primum restitutionis in integrum, quo is, qui falso tutore auctore cum pupillo contraxit, in integrum restituitur, modo nesciverit esse falsum, *l.* 1. §. *ult. et l.* 2. nisi quod minor, etiam sciens restituitur. *l.* 4. Praeterea datur actio in factum adversus falsum tutorem, in id quanti ea res erit. *l.* 7. *in pr.* Quae verba hic veritatem, non poenam significant *d. l.* 7. §. 2. quia tamen falsus tutor ob dolum suum in id quod interest alterius tenetur, dici potest factum hae actione puniri, nec ideo, licet haeredibus detur, in haeredes, neque post annum, competit. *l.* 9. §. 1. *h.*

3. Quamquam autem hic titulus non est abrogatus, argumentum tamen ejus nunquam ullo exemplo usu venisse memini.

TIT. VII.

DE FIDEJUSSORIBUS, ET NOMINATORIBUS, ET HAEREDIBUS TUTORUM ET CURATORUM.

(a) Sequamur ordinem Rubricae. De fidejussoribus ea minus heic est dicendum, quod apud titulum *Inst*, de satisdationibus, quae ad hunc locum pertinent, occupata sunt. Illud heic est singulare, quod fidejussores pro indemnitate pupillorum non modo per expressam stipulationem,

(a) *Pos* 1. 2. *et* 3. (a) *Pos.* 1. *et* 2.

ut alias, constituuntur, sed etiam si nominari se tanquam sponsores passi sunt: imo et hi, qui tutores esse idoneos adfirmarunt, ut fidejussores obligantur. *l.* 4. §. 3. *h. t.* Idque adeo, ut plures ab uno tutore dati fidejussores, careant beneficio divisionis, *l. ult.* ubi et ratio *ff. Rem pup. salv. for.* Sed a diversis tutoribus dati fidejussores ex eorum persona dividunt actionem. *l.* 6. *in f. h. t.*

2. Per nominatores igitur in Rubrica quinam intelligendi? In nigro enim illud nomen non reperio. An nominati a tutoribus ut fidejussores, qui *praesentes fuerunt, non contradixerunt, et nomina sua referri in acta publica passi sunt*, ut quasi nominatores sui esse videantur? An vero adfirmatores, qui cum tutores idoneos adfirmaverint, fidejussorum vicem sustinent, ie *l.* 4. §. *ult. h. t.*? Caeterum, quia durum videtur, simplices adfirmatores habere pro fidejussoribus, ac eos ita convenire, nonnulli monent, hoc de illis intelligendum, qui a Magistratibus electi sunt ad aestimandas tutorum satisdationes, probandosque fidejussores, de quibus est in *l.* 1. §. *divus.* 8. *de Magistrat. conven.* Quidquid hujus rei sit, quandoquidem omnis satisdatio et fidejussorum datio, tutoribus *hodie* est remissa, manifestum est nominatores ac adfirmatores non esse amplius in usu, nec ideo tanquam fidejussores obligari.

3. (b) Tertia pars Rubricae est de haeredibus tutorum, quod ad factum defuncti praestandum teneri, mirari licet, aliquos negare, ex *l. ult. h. t. l.* 4. *in pr. h.* Sed est notabilis exceptio in hac parte, quod non haeredes semper eodem modo, quo defuncti actionibus rei persecutoriis teneantur, neque ex haeredum persona jus et qualitas actionis mutetur, *l.* 2. §. 2. *de V. O.* tutoris tamen haeredes non nisi de dolo et lata illius culpa teneantur, *l.* 1. *C. de Haered. Tut.* (ubi Cujacius frustra delet τὸ *non*) *l.* 4. *de Magistr. conven.* cum ipsum tutorem de negligentia quoque, id est, levi culpa teneri, saepius dictum sit. Verum hanc exceptionem rursus eximia limitatione restringit Bachovius *not. paratitl. ad tit. de Tut. et rat. distrah. n.* 4. Vult enim, tutoris haeredem a praestanda levi tutoris culpa liberum esse, si nihil in tutore quam negligentia mediocris arguatur, secundum *d. l.* 1. *et l.* 4. Quod si lata tutoris culpa arguatur, haeredem simul ad levis culpae praestationem teneri docet, hac ratione, quod actio competens adversus aliquem, si detur, cum omnibus suis qualitatibus detur. Sed haec limitatio Bachovii cur admittenda sit, ratio illa, sine textu, sola non sufficit. Primo enim, quomines actio aliqua certis casibus aliter quam vulgo detur, ex constitutione speciali facile fieri potest; dein, si regula ejus procederet, non esset tamen ei locus in judicio generali, quod multis articulis factorumque discrepantiis constat. In uno facto defunctus latam admisit culpam, in alio levem, una actione tutelae. De priore facto tenetur haeres, de posteriori genere non tenetur. Verum igitur non sit, quoties tutor latae culpae reus est, toties haeredem de culpa ejusdem levi posse conveniri. Vis legis haec est, haeredem de levi tutoris culpa non teneri.

4. (c) Cum autem tutelae officium ad haeredem non pertineat, ad res gerendas ipse non tenetur; sed quidquid ultro post mortem fecit, de eo tenetur, *l.* 4. *in pr. h.* imo quaedam gerere debet; ea scilicet, quae per defunctum inchoata sine detrimento imperfecta relinqui non possunt, modo in ejus facultate sit positum, ut ea perficiat. Atqui in hisce dolum et culpam latam praestabit, de negligentia, id est levi culpa, non tenetur *l.* 1. *in pr. d. l.* 4. §. 1. *h. t.* Quod si tutor aut curator, officio finito, in negotiis administrandis perrexerit, huic ordinariae culpae praestatio imputatur. *l.* 5. §. 6. *de Adm. Tut.*

TIT. VIII.

DE MAGISTRATIBUS CONVENIENDIS.

(a) Si nec tutorum, nec fidejussorum bona sufficiant, ultimum pupillis subsidium contra magistratus comparatum est, actione, quae ex re, subsidiaria dicitur, quod aut nullos, aut non idoneos exegerint fidejussores: de quo si dubitetur, an fuerint idonei, probandum a magistratu. *l.* 1 §. 13 *h.* Donec autem vel unus tutorum fidejussorumque superest, ad magistratum perveniri nequit. *l.* 4 *C. h. t.* cui non obstat. *l.* 1 §. 15. *de Tut. et Rat. distr.* Ait textus; *Usque adeo ad contutores non venitur, ut prius ad magistratus, qui eos dederunt, perveniatur.* Sic est habendum. Quando tutela per testamentum, vel a magistratu est divisa, quisque de parte aliena tutelae non tenetur, sed tantum debet eos accusare suspectos. Quando igitur tutorum aliquis male rem gessit, tunc ipse prius convenitur; dein fidejussor, tum magistratus,

(b) *Pos.* 3. (c) *Pos.* 4. (a) *Pos.* 1. *et* 2.

et postremo contutor, qui partem habet divisam administrationis. Si vero tutela sit indivisa, vel privatim e tutoribus divisa, tunc omnium postremo loco magistratus conveniuntur.

2. (b) Dicitur haec actio utilis tutelae, per *l. ult. h.* quia ad exemplum tutelae reperta est: ut tamen longius a tutelae actione distet; quo sensu in factum a Theoph. forte appellatur, §. 2 *I. de Satisd. tut.* pari sensu, quo in §. *ult. I. ad L. Aquil.* Aliter D. Wissenb. *ad h. tit.* Moribus hanc actionem penitus obsolevisse, vulgo testantur, et diximus ad *tit. Inst. de Satisd. Tut. n.* 3. quod verum est quoad exactionem fidejussorum, non etiam, quod ad alia culpae dolive commissa attinet, quae a magistratibus in dandis tutoribus admitti queant. Reliqua pete sis ex *praed. titulo de Satisdationibus.*

TIT. IX.

DE REBUS EORUM, QUI SUB TUTELA VEL CURA SUNT, NON SINE DECRETO ALIENANDIS, VEL SUPPONENDIS.

I. Historia prohibitionis hujus tit. et quae res alienari nequeant. II. Alienatio quid comprehendat. III. In quid inquirat judex. IV. An. ex utilitate alienatio sit licita exemplo declaratum. V. Ἐπίκρισις *ejus rei. VI. forma Decreti. VII. Neglectio ejus formae. VIII. Casus, quibus decreto non est opus. IX. An Pater egeat decreto. X. Quis interponat decretum.*

(a) Pupillos et minores non posse res suas alienare sine tutorum auctoritate, vel consensu curatorum, satis constat ex §. *ult. Inst. Quib alien. lic.* idque saepius dictum est. Compertum est usu deinceps, ne quidem auctoritate tutorum pupillis hac parte satis esse consultum: rebus enim soli in pecuniam redactis multo fragilius erat patrimonium, magisque obnoxium incommodo, quod Justinianus vocat ἐράσμιον πρᾶγμα, *rem amabilem in Nov.* 72. ne tutores minorum pecunias ad se derivarent. Cum igitur tutores et curatores alienandi jus liberum habuissent usque ad Severum Principem, ab hoc effectum est, ne praedia rustica et suburbana aliter, quam decreto magistratus adhibito, alienentur. *l.* 1. *h. t.* De suburbanis equidem utilitas a majore licentia non abhorrebat, quatenus in pleriaque eorum *plus ad verrendum quam ad arandum est*, ut Plinius: sed quia pertinent ad ornamenta familiarum perpetua, nec in his placuit libertas alienandi. Quin postea in ipsis urbanis praediis, quorum tamen reditus non solent usuras et impensas aequare, exemplum Severi praevaluit: Constantinus enim Caesar in *l.* 22. *C. de Administr. Tut.* edixit, ne urbana praedia, resque majoris pretii, quae servando servari possent, absque decreto alienentur. Nam etsi in domibus eadem utilitatis ratio forte non militet, habet ibi locum alia ratio, quam indicat Caesar *in d. l.* 22. *Nec vero domum vendere liceat ..... in qua majorum imagines aut non videre fixas, aut revulsas videre, satis est lugubre.*

2. (b) Alienatio non minus heic late patet, quam res prohibitae, ut non modo interdicta sit venditio, donatio, permutatio, in solutum datio, sed etiam transactio, divisio, repudiatio juris delati, quin etiam pignus, et servitutis impositio. *d. l.* 1. *et l.* 3. *pen. l.* 5. §. 3. *et l.* 7. *in pr. h. l.* 4. *C. de Praed. min. l. ult. C. de Reb. alien. non. al.* Pignus, intellige conventionale; nam legale pignus, quod datur ex. gr. dominis praediorum in bona inquilinorum, res etiam minorum complectitur, ut dictum, et probat D. Wissenbach. *ad tit. Quib. mod. pign. et Hyp. solv. th* 19. Conventionale pignus, inquam, adeo prohibetur, ut si minor emerit praedium, non possit hoc ipsum curatoris consensu pignori tantisper obligare, dum pretium fuerit solutum, quia statim a traditione dominium minori quaesitum est, ideoque fundus in eum statum venit, ut pignori obligari non possit. *d. l.* 1. §. *ult. h* Haec res sine dubio nostris hominibus inexspectata accideret, adeoque illa pignora venditarum rerum sine discrimine emptorum, sunt usitata, ut difficulter ab iis, qui res judicant, impetratum iri credam, ne pignus illud valere paterentur, et venditorem, qui tale pignus accepisset, inter personales creditores numerarent. Adeoque parum absit, quin haec subtilitas usu quoque nostro desueta videatur.

3. (c) Methodus in alienandis rebus minorum observanda, habet tres gradus, *inquisitionem Judicis, et probationem causae, interpositionemque decreti. d. l.* 22. In eum finem minor, aut ejus curator, vel tutor, libello supplice judici causas alienandi exponit, atque ubi plurium consessus est judicum, petit commissarium, a quo fiat inquisitio. Summa inquisitionis

(b) *Pos.* 3. *et* 4. (a) *Pos.* 1. *et seqq.* (b) *Pos.* 14. (c) *Pos.* 6.

in hoc vertitur, an causa sit necessaria, quae ad alienandum cogat. Ex causis vero necessariis prima et vere unica est, aes alienum. Sic enim et rescribunt Caesares, ob aes alienum tantum, causa cognita, praesidiali decreto, praedium rusticum minoris distrahi permittitur. *l.* 12. *C. de Praed. Min.* non tamen sufficit, aes alienum probari existere, *sed hoc convenit excutere, an aliunde possit pecunia ad extenuandum aes alienum expediri; et si deprehenderit, non posse aliunde exsolvi, quam ex praediorum distractione, tunc permittit distrahi; si modo urgeat creditor, aut usurarum modus parendum aeri alieno suadeat.* Item animadvertere, *ne propter modicum aes alienum magna possessio distrahatur. Non debet etiam nimium tutoribus vel curatoribus credere, qui nonnunquam lucri sui gratia adseverare praetori solent, necesse esse distrahi possessiones, vel obligari. Requirat ergo .... qui instruere possit praetoris religionem. etc. l.* 5. §. 9. *et seqq. h. t.* Ubi multa praeclara in hanc rem habentur; quae exacte satis apud Curiam nostram servantur. Ut tamen causa aeris alieni ad quamlibet necessitatem producatur; velut, si aliter pupillus ali non possit. *per d. l.* 22. *vers. praecipimus.* Item si cavendum sit pupilli nomine judicatum solvi. *l. ult.* §. 3. *C. de Admin. Tut.* Denique dotis et donationis propter nuptias causa. *l.* 61. §. 1. *de jur. dot. l.* 8. *C. de Praed. Minor.*

4. Extra has causas ob solam utilitatis rationem, alienatio non debet, neque potest a judice permitti, ne quidem si utilitas sit praegnantissima, nihilque periculi pupillo sit in medio, *l.* 5. §. 14. *l. pen. in pr. h. t.* ubi exemplum infructuosi et pestilentis fundi, quem tamen vendere non licet: idque religiosissime a Curia nostra servatur, exemplo apud Sandium existente *lib.* 2. *tit.* 9. *def.* 15. Addam unum et alterum meae memoriae, de quibus tamen apprime dubitatum fuit. Matrona nobilis tutrix liberorum suorum habebat agros modicos sed multos, variis locis sitos apud Omlandos, communes cum alio liberorum suorum cognato, in eadem provincia habitante, qui semper illos administraverat, dimidiasque mercedes matronae sine molestia quotannis tradere solebat. Hujus haeredes eos agros pro suis partibus vendere parabant, quo futurum erat, ut liberi illius matronae in communionem minutam cum variis ignotisque hominibus inciderent, ingenti suo incommodo. Petebat igitur mater, ut sibi partes alteras eadem opera vendere liceret, offerens sponsorem, se pecunias inde redigendas aliis agris brio in Frisia pro liberis comparandis impensuram. Relatione a me commissario facta, sex Domini concedebant alienationem, propterea quod eo modo legi abunde satisfieret: Sex Domini negabant, quia necessitas aberat, utilitas sola suadebat, et prohibitio legis est *praecisa*, nec recipiens aequipollentem cautionem aut compensationem. An ita rescriptum est negative ad libellum, *d.* 31. *Januar.* 1680. Principio anni sequentis, juvenis industrius uxorem duxerat minorem annis 25. res soli possidentem. Ipse vero, stannarius artifex, egebat aeris ad emendam officinam materia et instrumento artis instructam, cujus tunc optima dabatur occasio. Petebat igitur a Curia veniam, fundum aliquem uxoris vendendi, aut hypothecae obligandi, allegans pro causa necessitatis, quod aliter se familiamque sustentare non posset. Me quoque referente, major tamen pars Dominorum negavit, eo quod absoluta necessitas non aderat; nec enim, ut antea vir fecerat, porro non poterat opera ministeriali artis ejusdem, exercere victum. Penes Nautam reperio, apud Curiam olim disceptatum fuisse super tali causa. Juvenis mente captus, habebat in bonis agrum, ex quo annuam mercedis percipiebat ducentos octuaginta florenos. Hunc agrum curatores ejus vendere poterant pro tanto pretio, quod sufficiebat ad redimendum annuum reditum sexcentorum florenorum ex Dominio Biltano ipsi solvendum, quem reditum antecessores insani adolescentis ante hac vendiderant, sub lege redimendi. Heic utilitas erat evidentissima: nam pro floreois annuis 280. habiturus erat, hac venia data, sexcentos. Nonne crimen fuisset, superstitione legum, ut ita loquar, tantum minori insano intervertere lucrum? Credo, non deessent, qui insanum reputassent judicem, hanc insano veniam recusantem. Sed bene habebat, quod curatores necessitatem quoque probabant; quippe pro ducentis octuaginta florenis adolescentem debito modo sustentari non posse; ideoque impetrata est alienandi venia, *in causa Foke Rouwvvers contra Johannem de Veno. d.* 4. *Januar.* 1637.

5. Haec non placebunt iis, qui jus Romanum non nisi pro suo arbitratu sequuntur, nec censoribus artis Groenewegio, Autumno, et similibus ad *l.* 13. *h. t.* Nec etiam moribus Batavorum, teste Grotio *Introd. l.* 1. *part.* 8. *num.* 15. verb. *ofte andersins opentlyck nut voor de weesen etc.* Non desunt etiam, qui juri civili existimant esse consentaneum, ut evidentem utilitatem judex sequatur, Tiraquell. *de LL. Connub. gl.* 8. *num.* 68. *qu.* 8. Montan. *de Tutel. c.* 33. *n.* 450. contra quos disputat D. Wissenb. *ad h. t. th.* 20. Nostri *διχαστόλοι*, praeter quod in jus Romanum juraverunt, ita existimant; fieri quidem posse, ut hujusmodi rigore commodum aliquod, aut utilitas minoris alicujus intervertatur, sed in universum consuli

pupillorum atque minorum fortunis. Qoippe si judicum arbitrio utilitatis aestimatio committeretur, metuendum erat omoioo, ne via probibitioois hujus, pupillis adeo salubris, evilesceret ac enervaretur, ita ut res in meram solemoitatis functiooem traosformaretur.

6. Cum inquisitione judicis, *d. l.* 22. jungitur probatio causae, quae per testes et instrumenta cooficitur. Quorum a commissario facta relatione, sequitor Decretum; cujus instrumento publica forma emisso, sequitur venditio vel obligatio apud nos. Et quidem venditio solemoiter, ut alibi fere, peragitur, praemissa triplici promolgatione, jodiciali et ecclesiastica, per totidem hebdomadas, ad lucem ardcotis caodolae, qua extincta, res plurimum licitanti addicta censetur. 1. *Stat. Fris. tit.* 13. *art.* 10. Decretum igitur veoditionem praecedat oportet, *d. l.* 5. §. 9. *h. t.* verb. *tunc permittet distrahi.* Quae res tamen non facit, ut vitium commissum dicatur, quando prius fit veoditio, ut postea decretum impetretur, qoemadmodum saepissime institui- tur. Nam prior venditio est cooditiooalis, si decretum sequatur, et decreto interposito non extiterit qui plus offerat, quo casu prima venditio est sine re et sine effectu.

7. (d) Hac forma non servata, vel re sine decreto alienata, venditio rerum minoris est ipso jure nulla, cojus argumentum et effectus est, quod mioor rem, ubicuoque sit, vindicare potest, *l.* 5. §. *pen. h. t.* quae statuit eamdem oullitatem, *si praetori sit obreptum*, hoc est, si decretum quidem ioterpositum sit, verum e causa legibus ooo probata. Sed magis placet Diocletiaoi distioctio, decreto plane omisso, *dominium retentum et obstructam alienandi viam* censeri; decreto autem ordioe juris ioterposito, restitutiooem in iotegrum esse imploraodam, *l.* 11. *C. de Praed. Min.* ubi casus quidem est, si laesus sit minor in pretio, de quo casu agit Wissenbachius *th.* 16. *h. t.* Sed est eadem ratio, quando solemoitas observata, verum in diligentia causam cognoscendo peccatum est. Haec ita, oisi minor cootractum alienationis major factus ratum habuerit expresse, vel tacito lapsu quioquenoii. *l.* 1. *l.* 2. *et l. ult. C. Si major. fact. alien. rat. hab. l.* 6. *C. Arbit. Tut.* Io rebus donatis hoc casu loogum tempus, id est decem vel 20. aonorum lapsus, ad tacitam approbatinnem requiritur. *d. l. ult.* Si emptor quoque sciverit, rem esse minoris, ille venditionem impleodam praetextu nullitatis recusare noo potest, ut docet, ac jodicatum refert Sandius 1. 9. 15.

8. (e) Sunt tameo casus, quibus decretum noo requiritur, qui vel e persooa patris, vel ab re ipsa desumpti sunt, etiam sioe causa necessitatis. *l.* 2. *C. Quand. Decr. op. n. est.* I. A persona patris, si is in testameoto vel codicillis rem alienari permiserit, *l.* 1. §. 2. *h. t.* licet testameotum vitiose factum sit. *l. ult. eod.* II. Si pater, vel is, cui pupillus successit, stipulanti fundum spoponderit. *l.* 5. §. 6. *h. l.* 3. *C. Quand. decret. opus non est.* III. Si emerit fundum sub lege retrovoodendi. *l.* 1. *C. eod.*

Ab re petitus est casus. I. si cavendum sit pupilli nomioe, judicatum solvi. *l. ul.* §. 3. *C. de Administer. Tut.* II. Si veodendum sit pignus, quod cum venia praetoris erat oppignoratum; quaoquam tutius est, denuo adire praetorem. *l.* 7. §. 1. *h.* III. Propter dotem opus est decreto, si bonis venditis, pecunia viro danda sit, *l.* 4. et *l.* 8. *C. de Praed. min.* si ipsa praedia io dotem danda, oon est opus. *l.* 61. §. 1. *de jur. dot. l.* 62. *eod.* Quaesitum est, an ad veoditiooem superficiei, hoc est domus impositae agris, in qua colooi deguot, opus sit decreto. Quidni? dicas, cum sit res immobilis. Non requiri tamen, visum est Curiae oostrae, cum curatores liberorum viri oobiliss. Scipionis ab Aytva ejusmodi superficiem liberis Petri Valerii vendidissent, ante ferias Paschales 1680. Ac ita si dominus fundi superficiem veodiderit colono, cui simul ad longum tempus praedium locatur. Nam si rustici talium superficierum domioi, minores anni 25., tales veodere veliot, oulla causa videtur, eas decreto eximeodi. Priore casu venditio fundi pro accessiooe locationis habetur, posteriore oihil est quam rei immobilis venditio.

9. (f.) Pater etiam, tutor vel curator existens, iodiget decreto, non tamen si liberos in potestate habeat, *l.* 7. §. 2. *h. t.* quanquam booa liberorum oe hic quidem ipsa vendere potest, nisi ob causam aeris alieoi *l.* 1. *de Bon. quae lib.* Ad quam rem, quatenus facti est, cum inquisitio et decretum magistratus sit necessarium, res fere eodem redit; ut si patres liberorum suorum booa veodant, opus sit decreto, idque oec aliter in usu hominum servatur. Quaeritur, utrius judicis decretum, si res alibi sita sit, quam pupillus habitat, requiratur? Sufficit judicis loci, in quo Tutela agitur decretum. *l.* 5. §. 12. *h. t.* Decretum praesidis, in quo situm est praedium, memorat lex 16. *C. de Praed. Min.* Utramque conjungitur in *l.* 15. §. 1. et 2. *de Re Judic.* ut quod a priore decretum est, ab altero maodetur executioni. Plane judicis loci, in quo res sita est, decretum solius sufficit; alterius tamen decretum, ut fit, in sooteotiis judex loci comiter effectum habere patietur.

(d) *Pos.* 7. (e) *Pos.* 8. 9. 10. 11. *et* 12. (f) *Pos.* 13.

10. Quamvis autem in *tit. de praed. minor. non alien.* praesidiale decretum ubique requiritur, et praesidum jure fungantur hodie Supremae Curiae, decreti tamen hujus interpositio a magistratibus ordinariis cujusque loci, proficisci potest, etiam nostris Statutis, *l.* 1. *tit.* 13. *art.* 8. Groenew ad *l.* 1. *C. de Praed. Min.* Caeterum quia respublicae, ecclesiae, et universitates aliae, jure minorum utuntur, poterat heic loci de bonis illorum non alienandis agi, nisi, hic locus pridem occupatus esset ad *tit. Quae res pign. obl. non poss. n.* 5. *et sequ.*

TIT. X.

DE CURATORIBUS FURIOSO ET ALIIS EXTRA MINORES DANDIS.

I. Remissio. Prodigis etiam petentibus dari alienando Curatores, etiam mente captis. II. Differentia Curatorum et administratorum. III. An Prodigus possit esse Procurator et postulare. IV. De modo intercedendi bonis, observatio.

(a) Hujus Rubricae exegesin, habuimus *ad tit. Inst. de Curat, n.* 5. *et seqq.* Nec habeo quod addam, nisi quod aliquando prodigis etiam petentibus, cum alioquio invitis interdicatur bonis, curatorem datum vidimus, libello supplice judicibus oblato; vel quia tantisper recta rom reputantes via, se plerumque sui impotentes esse cognoscerent, vel quod graviorem metuebant animadversionem; utriusque exemplis recenti memoria extantibus. Quod magis est, vidi bis datum curatorem mente captis petentibus: etsi contradictio videatur, mente captum se fateri, cum hoc mentis non alienatae signum sit agnoscere suam imbecillitatem. Sed probavimus ad *d. tit. Instit. n.* 7. magnam esse latitudinem mente captorum: esse in eorum numero, qui tueri possunt mediocritatem civilium officiorum, etsi majoris momenti rebus administrandis idonei non sint, ut totios demonstratum est in *lib.* 3. *Digress. c.* 18. Tales agnoscere suam infirmitatem, non est insoleus.

2. Quod si in latitudine mente captorum contineri non possint, etsi minus idonei ad patrimonium suum administrandum, non tam curator petendus, et a magistratu dandus, quam administrator volens ab illis constituendus esset. Cujusmodi administrationes, quae non habent publici muneris auctoritatem, non nisi volentibus imponi posse constat, et docet Sandius. 2. 9. 11. Hoc autem interest; quod administratores a constituentibus deinde mutari possunt; curatores non seque; sicut accidit nobili cuidam viro, qui suasu agnatorum a Curia petierat curatorem sibi tanquam mente capto dari. Hic deinde cum uxorem duxisset, (quemadmodum ejusmodi *macarones* οὐκ ἀλόκλεροι, *semicocti*, ut de Claudio Augustus *apud Sueton.* matrimonii facultatem habent, etiam sine curatorum consensu, ut probat Sandius *lib.* 2 *tit.* 1. *def. ult.*) id agebat, ut in suam curam, adnitente inprimis uxore sua, restitueretur; cum probare non posset, ingenii sui facultates notabili accessione locupletatas esse, semel an iterum repulsam tulit; etsi probaret satis, cum se tunc esse, qui ex mero judicis officio curatorem, bonis interdictus, accipere non debuisset; scilicet, facilius ab initio recusatur, quam deinde removetur curator. *arg. l.* 1. §. *ult. de Minor.* juncto §. 2. *I. de Curat.* Sicut etiam prodigi, quibus semel bonis interdictum est, non facile restituuntur, nisi longo temporis tractu, et diuturna morum aequabilitate se probaverint: nec enim sufficit, ad tempus modestia et religione in altitudinem fuisse conditum, quatenus simulata probitas, quanto intentius est cohibita, tanto saepe infestius erumpit. Quomodo juris quidam doctor; cui bonis interdictum erat, cum proferret testimonium verbi Divini ministrorum, quod adsiduo sacris interesset et magnam attentionem praestaret, similiaque, rejectus est, *quomodo adhuc*: cujus morae impatiens celeriter antiquos induit mores.

3. Idem questus est, magistratus Doccumanus sibi negasse copiam fori sui et jus postulandi; quod ut advocatus exercere cupiebat, exercendi non incallidus. Disceptatum est ea de re apud Curiam. Pro illo faciebat, quod prodigus non sit infamis, neque jus postulandi usquam illi in juro negetur, quodque alia non esset ratio exercendi victum suum, quae claudenda non videretur. Sed quia prodigi per omnia pro furiosis habentur, ut etiam a testimonio perhibendo penitus arceantur, §. 6 *I. de Test. ord.* non permittendum est illis judicio stare pro aliis, qui pro se non possunt. Accedit, quod munus advocati hodie est publicum, et quod nostrates advocati non modo postulant, sed etiam sunt Procuratores, seque functiones in foris nostris sunt

(a) *Pos.* 1. *et* 2.

inseperabiles: procuratores autem in hac qualitate clientium pecunias exigunt, atque in rebus eorum versantur: quod prodigo non erat committendum. quibus rationibus postulandi jus negatum, et rejecta fuit ejus petitio, *anno* 1681.

4. Ex his colligendum videtur, etsi modus interdicendi bonis exerceatur absque judicio contradictorio, si tamen is cujus interest, petat audiri, cum res maximi sit praejudicii, non videri judicium coram tribunali posse negari. *arg. l.* 9. §. 3. *et seqq. de Off. Procons. et Leg.* Idem de mente captis, si mediocritatem civilium officiorum tueri posse videantur, et dubium sit, an suis rebus sufficere nequeant, abs re non est statuere. Qua de re his ipsis diebus publico scripto querentem videmus illustrem virum et politicorum aliquando principem habitum, (stupendum exemplum!) quod sibi inaudito, bonis ut insano interdictum, atque ut talis invitus venae sectionibus et scarificationibus sit curatus. Si modo res vere dubia, nec evidens sit mentis error in bonis saltem administrandis: tunc ipsos audiri, perquam inutile fuerit, cum nihil minus expectari possit, quam ut insaniam, etsi in plerisque mentis compotes videantur, ipsi suam agnoscant.

INCIPIT PANDECTARUM

PARS V.

LIB. XXVIII. TIT. I.

QUI TESTAMENTA FACERE POSSUNT, ET QUEMADMODUM TESTAMENTA FIANT.

I. De parte prima tituli, Remissio, et supplem. II. Collatio cum moribus; An vitium Status hodie sit causa prohibendi. III. Prodigorum testamenta hodie aliquando valere. IV. An id recte consultum, disputatur. V. Te testamento Coeci. VI. De solemnibus testamenti, collatis cum moribus Frisicis. et aliorum. VII. Testamenta ritu loci facta, ubique valere. VIII. An mulieres hodie possint esse testes in codicillis. IX. An Legatarii et fideicommissarii. X. Scriptorem testamenti non necessario esse Tabellionem. XI. Instituta quaedam erronea notantur. XII. De clausula nuncupativi testamento scripto adjecta. XIII. Inutilitas ejus exemplis declaratur. XIV. De clausula, ut testamentum valeat jure mortis c. donationis. XV. An Contractus vitiet testamentum. XVI. Explicatio ejus rei ad usum. XVII. Haeredem nec hodie quidem esse testem in Testam. XVIII. De duorum testamento in iisdem tabulis. XIX. An ultra conjuges hoc jus extendi possit.

(a) Post Contractus, qui nascuntur ex actibus inter vivos, sequitur ingens caput de ultimis voluntatibus. Hic tit. est bimembris, ut Rubr. indicat. De primo articulo: *qui test. fac. poss.* ad Institutiones abunde est dictum *d. t.* Vitia corporis, quae obstent testamenti factioni, habuimus *ibidem*. Morbus sane aut infirmitas corporis non obstat, modo animus valeat, *l. 2. et l. 3. C. h. t.* etsi lingua balbutiens seminecia eam protulerit. *l. 15. C. de Testam.* Quanquam Plato lib. XI. de LL. aliter sentiebat; propterea quod ἀνοήτως καὶ διεφθαρμένως τινὰ τρόπον πρόσον ἔχομενοί πλεῖστοι, ὅ ταν ἤδη μέλλειν ἡγώμεθα τελευτᾶν, *Stulte quodammodo et perverse plerique affecti sunt, quando morti se proximos arbitrantur.* Pertinet huc Euripideum illud; Δυσάρεστοι οἱ νοσοῦντες. *Morosi aegrotantes.* De usu temporum placet haec addere.

2. Quicumque maximam vel mediam capitis diminutionem passi sunt, testamentum facere non possunt, legibus Justiniani. Sed utraque specie diminutionis obsoleta, sequitur et has prohibitiones ab usu esse remotas. Nisi quod is, qui hostis Patriae declaratus est, vel ad eos transfugit, adhuc hodie mediam capitis diminutionem pati, nec ideo testamenti factionem habere censetur. *l. 5. §. 1. ff. de Cap min.* Sand. *d. lib. 4. tit. 1. def. 2.* Idem judicandum de his qui ob delicta proscripti sunt publice omnibusque impune occidendi permittuntur, qui et maxima capitis diminutione mulctari videntur. Sed quod de filiisfamiliarum Romanis visum fuit, * exacte apud nos servatur, licet alibi Europae vix uspiam id obtineat. Hic scio filiosfamiliarum extitisse locupletes, quinquaginta natos annos, quorum legata relicta etiam modica, rebus judicatis, nulla pronunciata sunt. vid. Sand. *d. lib. 4. tit. 1. def. 1.*

3. Dantur et vitia corporis atque animi, quae testamenti factionem impediunt, aetas impubes, ** furor et dementia, bonorum interdictio; denique surdi, muti, coeci, vel plane, vel

(a) *Pos. 1. et 2.*

* Existimat Auctor, extra Frisiam vix ullibi observari Jus Romanum, quod filiosfam. a jure testandi excludat, sed nostro Jure nihil mutatum, imo eandem prohibitionem Saxonicis legibus non repugnare, docet Schilter. *ad ff. Ex.* 38. §. 17.

** Minores autem valide testantur, si sui juris sunt. *l. 4. C. qui test. fac. poss.* Unde et apud nos mulier sine Curatore valide testamentum condit. *P. 2. C. El.* 15. §. *f.* ibique Carpz. *def.* 10. Richt. *dec.* 27. *n.* 20. *seqq.* atque ita resp. *Fac. Jur. Lips. M. April.* 1705.

secundum quid prohibentur, ut exposuimus ad *tit. Inst. Quib. non est permiss. fac. testam.* De prodigis id solummodo notandum, quod Sandius babet *in d. tit.* 1. *def.* 3. ubi Interdictio bonorum procurata erat a propioquis qui jam habebant testamentum ut volebant; hoo fine, ut ne Testator facultatem haberet mutandi testamentum. Mutaverat ille tameu, institutis etiam haeredibus aliis cognatis aeque propinquis, auotisque pauperibus aliquot legatis. Approbatum est hoc posterius testamentum a Curia. Ratione gravissima, quod haeres primus fatebatur, se curasse testatori bonis interdici, ut amitteret testamenti factionem. Id enim in fraudem legis et aequi bonique factum, pro non facto baberi debebat.

4. Sandius addit rationem *aliam*, ex Novella Leonis Philosoph. XXXIX. qui reprehendit veteres, quod acta, gesta mortis causa vel inter vivos prodigorum, indistincte nulla esse voluerint. Ipse disputat, bujusmodi servandum esse moderamen hac parte, *si quid*, ait, *inutiliter gestum sit, non admittere; in quo vero aliqua utilitas vertitur, id suscipere oportet.* Sic Imperator Philosophus, longe aliter quam antiqui Jurisprudentes, qui jura condiderunt generalia et stabilia, neque pro casuum varietatibus aliter ac aliter usurpanda; ne quidem, etsi ratio juris introducti in certis casibus evidenter cessaret. Ecce; impuberes non possunt facere testamentum, *quia nullum eorum est animi judicium.* §. 1. *h. t. Inst.* Detur impubes qui multo solertior sit quam alius pubes, non poterit tamen facere testamentum. *Minorum bona non possunt alienari* nisi ex causa aeris alieni aliave praecise necessaria, *l.* 22. *C. de admin. tut.* lata baec lex est in eorum utilitatem. Quid si detur occasio vendendi res minoris cum utilitate insigni, valetne alienatio? Non valet, ut Sandius ex sententia Curiae recte disserit in *lib.* 2. *tit.* 1. *def.* 14. idque religiose apud nos servatur, ut dictum *supra*. Ratio, quia cum semel ita receptum est, ut prohibitiones ejusmodi cessent, quotiescunque cessat ratio in bis aut illis casibus, nibil certi juris babeamus, sed totum a judicum arbitrio pendet. Verissimum in bis omnibus est illud Taciti, quod legi applicare licet; Omnis lex *habet aliquid ex iniquo, quod utilitate publica contra singulos rependitur.* Sufficit Legem in universum Reipublicae esse utilem; si quando certis in casibus durior videatur, id utilitate constantis observantiae superatur. Videndum adeo, ne non idem de alienationibus prodigorum per testamenta vel contractus, (de utrisque Leo disserit) eventurum sit; valeant, ait ille, si bene utiliterque, non valent, ubi secus consultum fuerit. Standum potius Jure Civili, quod rectum et aequabile est in universum, etsi casibus aliquando singularibus observatio legis durior videatur.

5. Solemnitas quae in testamento coeci observanda est secundum *l.* 8. *C. qui testam. fac.* moribus earum gentium, quae Notario duobusque testibus contentae sunt, non habet usum; sed ibi coecorum testamenta celebrantur in forma communi, teste Groenewegio ad §. *ult. Inst. h. t.* Apud nos ad amussim tenetur forma *d. l* 8. habetque locum etiam in testamento Parentum inter liberos. Sand. *lib.* 4. *tit.* 1. *def.* 8. Proinde coecus potest facere testamentum quomodo vult et quomodo potest, sicut indultum est parentibus inter liberos disponentibus. Quid ergo? Pater coecus fecit testamentum in forma communi; testibus septem praelegitur, ut fert usus, initium et epilogus testamenti; argumentum voluntatis non significatur, sed affirmat testator tabulas sibi esse praelectas et reliqua testamentorum solemnia observantur, valetne testamentum? Non valiturum esse, respondi consultus, Olpharde Hindema consuli Franekerano, seni cocco, inter liberos testaturo; qui tamen aliter quam more communi noluit testari; proinde non valere ita conditum, judicavit deinde Senatus *inter liberos ejus.* Ratio, quia testamentum cocci nuncupari debet, hactenus saltem, ut testibus duobus tribusve constet quod ita voluerit testator: Nuncupationem enim *lex* 8. requisivit, quia coecus scire non potest, an id, quod sibi praelegitur, sit illud ipsum quod in tabulis, quae testibus exhibitae sunt, continetur. Privilegium paternum consistit in minore numero testium, non in cautione coecitatis causa adhibenda.

6. (b) Altera pars hujus tituli est de solemnibus testamenti requisitis, quae similiter ad *Instit. titulo de testam. ordin* plenissime; quod ad paratitlarem methodum attinet, absoluta est, quo proinde lectorem remittamus oportet.

Quod ad mores attinet, in plerisque locis testamentum coram Notario et duobus testibus factum viget, in quibusdam apud acta Judicii faciendum est. Apud Frisios quod ad ordinationem testamenti attinet, agnita fuit ab anno 1542. consuetudo, qua testamentum manu Pastoris loci duorumque testium ad id rogatorum confirmatum, valere statuebatur. *lib.* 1. *Stat. tit.* 16. *art.* 1. Sed quia mos juris civilis exinde magis invaluerat, compilatores Statutorum, anno hujus seculi *secundo* dubitaverunt, an illa consuetudo ita recepta esset, ut vim legis tueri posset. Ideoque tutius visum est ordinibus,

(b) *Pos.* 3..

edicere ut in ordinandis testamentis jus scriptum Frisii sequereatur. *d. tit.* 16. *art.* 2. Una re excepta, ne signacula requirantur, sola subscriptione testatoris et testium sufficiente, *d. art.* 2. quam exceptionem res ipsa flagitavit; quia sigillorum usus in nostra plebe rarior, ideoque testamenti factio per hoc requisitum nimis impedita fuisset. Eadem usus frequentia fecit apud nos, ut notas vel symbola, quibus imperiti literarum suum cooseasum exprimere soleot, pro subscriptionibus habeantur, modo addita tabellionis manu significetur cujus id signum sit, aut e testibus id constet, at hoc scripturae imitamentum, aeque in testibus ac in testatoribus toleratur, jamque pridem innumeris rebus judicatis approbatum est. Nec dubium, quin hac parte sit recessum a jure civili. *l.* 21. *C. de Testam.*

Non valent igitur testamenta quae coram Notario duobusque vel tribus testibus fiunt, ut alibi Europae receptum est; tametsi Groenewegius ad *pr. h. tit. Inst.* inter auctores qui tradunt testamento eo modo condita valere moribus hodiernis, Statuta quoque nostra laudet; *d. tit.* 16. non modo contra mentem, sed etiam contra verba indubitata.

7. Rectius dixisset, testamenta in iis locis, ubi vigot iste consuetudo, etiam a popularibus condita, vim et effectum habere in Patria, non modo respectu mobilium, sed etiam immobilium rerum in hac Provincia sitarum, ut Sandius docet, et rationibus luculenter adstruit. *lib.* 4. *tit.* 1. *def.* 14. Hoc ita, si Frisius apud exteros more loci, in quo moratur eo tempore, testatus sit. Quid autem si nostras ad exteros proficiscatur ibique testetur more patrio? Distinguitur, utrum mos Frisicus in eo loco sit prohibitus, an diversus mos simpliciter receptus sit: veluti in Hollandia sic juris est, ut testamenta coram Notario duobusque testibus celebrentur; sed ratio testandi quae Jure Romano praescribitur et a nostris probatur, ibi non prohibetur. Grot. *l.* 2. *Introduct. part.* 17. Si Frisius more nostrate testetur in ejusmodi loco, ubi sic non licet testari, verum ubi alia forma praecise observanda est, ibi testamentum ejus more nostro vel Caesareo factum, iodo ab initio vitiosum est, nec in ipsa Frisia valere poteat, ac quidem respectu bonorum illic sitorum. Rodenburg *tract. de jur. quod or. e stat. divers. cap.* 3. *tit.* 2. Ratio est, quia Statutum vel Consuetudo praescribens solemnitates testamenti, non afficit res testatoris aeque ejus personam, sed ipsam dispositionem quae fit in loco statuti vel consuetudinis, verba sunt Sandii *d. def.* 14. et quicunque reperiuntur in jurisdictione Statuentis, legibus et institutis ejusdem parero coguntur, si acta sua civilem effectum habere cupiant, *arg. l. ult. ff. de jurisd.* Atque inde ita juris est, ut in cujusvis actus solemnitate inspiciatur consuetudo loci, ubi is, inquam, actus celebratur, etsi is, qui celebrat actum, ibi larem fixum non habeat, ait iterum Sandius *d. loco.* Quando quis igitur condit testamentum coram septem testibus in provincia, ubi non aliter liceat testari quam apud Acta Judicii certa forma, clarum et certum est, eam dispositionem contra leges factam esse ipso jure nullam. *l.* 5. *C. d. LL.* Jam quod semel ab initio est invalidum, id ex post facto convalescere non potest, ideo effectum habere nequit in iis locis, ubi testamenta coram septem testibus recte fiunt fierique debent: nam Statutum alterius Provinciae, in qua testator fuit, cum ita disponeret, inde ab initio *affecit ipsam dispositionem*, nec potuit aliter afficere, quam leges prohibentes aut praecipientes ubique faciunt, ut id, quod contra leges geritur, vitiosum sit atque nullum. *d. l.* 5. Sandius in *d. def.* 14. agit quidem de casu quo Frisius testatur secundum leges loci, in quo agit; sed rationes, quibus utitur, aequa in alteram speciem conveniunt. Hoc referri velim ad ea, quae dicta sunt ad *tit. de Legibus et de conflictu statutorum pag.* 55. *Part. Praecod.*

8. Porro lex illa Frisica et quae sunt similes, una exceptione illa de signaculis, evidenter firmant omnes reliquas Justiniani positiones, quas ad Institutiones et ad Pandectas vidimus. Nisi quod unum alterumve juris Romani requisitum nostris etiam moribus obsoleverit, veluti quod de notis hominum illiteratorum diximus, item, quod testes subscriptionibus suis addere debebant sua manu, cujus patrisfamilias testamentum signarent, ut habetur in *l. pen. h. t.* Hinc etiam de quaesito, utrum mulier possit esse testis in codicillo, vix est ut audiam Groenewegium adfirmantem ad §. 6. *I. h. t.* jure civili mulieres, in codicillis testes adhiberi posse, moribus autem secus esse. Ego id apud juris scripti interpretes scio controversum esse; Ideoque prout judices nostri de sententia juris Romani persuasi fuerint, ita codicillum, in quo mulieres sunt testes, probaturos vel improbaturos esse crediderim; denique, posse feminas in codicillis ut testes admitti, liquida ratione probavimus ad *tit. Inst. de Codicill. posit.* 4. et 5. *ibique in praelect.* Atque id in locis, quae jure scripto utuntur, servandum existimaverim.

9. Idem fere de legatariis et fideicommissariis esto judicium, quos jure civili ad testimonium in testamento perhibendum admitti, nota res est, §. 11. *Inst. d. tit.* a moribus hodiernis id alienum esse, putat Groenewegius ad *d.* §. 11. *n.* 7. Forte ratione earum gentium, quae testamenta eodem modo celebrare soleot, quo

contractus aliaque inter vivos acta, non male; nobis a Caesare discedendi hac parte nulla causa videtur, neo adeo in caeteris testamenti partibus.

10. In aliis gentibus soli Tabelliones sive Notarii, testamenta, sicut alia iostrumenta, acribendi babent facultatem; apud nos, a qua persona scriptum sit testamentum, non attenditur, modo septem testes uno contextu sint adhibiti; quin ipse quilibet paterfamilias voluntatem suam seorsim scribere, testibusque offerre potest subscribendam. Neo id a jure civili discrepat, quo nusquam requiritur, quid sciam, ut testamentum publicum, a persona publica scribatur; vocatur quidem instrumentum publicum, *l.* 2. *pr. ff. Testam: quemod. aper.* sed hoc ideo, quia publice omnibus quorum interest, copia describendi et inspiciendi danda est, non ratione compositionis et formae. Ita et Viglius noster *eod.* §. 6. *de Testam. ordin.* Debent tamen, si recte consulunt testatores, juris adhibere peritos, cum alioqui facile ad incommodum Intestati redigantur, et requisita maxime essentialia, quin et ipsa haeredis institutio a Pastoribus et Ludimagistris, qui aliquando scribendo adhibentur, omittantur; ut observatum et litigatum de testamento cujusdam matrisfam., scripto a Pastore pagi Hardegaripensis 5. *Mort.* 1680.

11. Scriptores testamentorum plerumque in more positum habent, ut si qua legata a testatore relinquantur, ea primo loco referant, haeredis institutio sequatur; qui mos etsi innoxius, tamen est contra naturam negotii, cum haeredis institutio sit basis et fundamentum testamenti; adeo quidem ut olim nihil ante haeredis institutionem positum valeret, §. 34. *Inst. de Legat.* quod utcunque tam rigide jam non servetur, vult tamen ratio juris, ut basis ante reliquam structuram collocetur. Est et hic mos perpetuus, ut cum testamenta per scripturam composita sunt, testibus exordium et conclusio praelegatur, reliquis testamenti capitibus silentio pressis, quod minime est insolens, cum haec ipsa sit testamenti scripti proprietas, quod ideo mysticum vocatur, nec adeo necesse fuerit unum verbum praelegere; sed ut mos erat veterum, Testator tabulas testamenti clausas manu tenens, ita fari potest; *His ego tabulis meam voluntatem ultimam inscripsi, cujus rei vos testes esse volo, rogo. l.* 21. *C. de testam.* Sed nostri tabelliones, quasi testes nescio quid occulti aut nefarii subesse vererentur, solent adjicere stipulationem, ut testator caveat testibus, de eo, quod ignorantes argumentum testamenti, tamen ei subscribant; et hoc testatores saepe ita satagunt, ut hypothecam suorum quoque bonorum subjiciant, seque ea gratia Curiae Supremae subjiciant. His nugis nihil ineptius neque indignius est juri civili adsuetis; nec enim modo superflua, sed et contraria sunt naturae testamenti. Superflua, quia testes non subscribunt in approbationem eorum, quae testamento disposita sunt, verum in id, quod testatorem audivere dicentem et declarantem, iis tabulis contineri suam voluntatem. *d. l.* 21. Contraria, quatenus nihil inimicius unitati contextus, quae testamento essentialis est, quam si actus extraneus ei inseratur, *l.* 21. §. 3. *ff. Qui testam. fac. poss.* et pro exemplo rei extraneae evidentissimo habetur *Contractus*, *arg. l.* 20. *de V. S.* quem illa cautio infercit testamento, et quidem, si accedat hypotheca, duplicatum.

12. Addere solent clausulam codicillarem, eamque amplificatam, hoc modo; Si testamentum non valeat modo solemni, ut subsistat non modo jure codicilli, sed etiam ut testamentum nuncupativum, vel donatio mortis causa; quae extensio in jure nusquam legitur, nisi tu sub his generalibus verbis eam intelligis, aut alia *quacunque ratione*, quae sunt in *l.* 29. §. 1. *Qui test. fac. poss.* Sed additio nuncupativi non potest usum habere, nisi quando testamentum a capite ad calcem testibus et praelectum, vel quando ipse prius viva voce coram iisdem testibus, quid suae voluntatis esset, enunciavit: Alioquin implicat contradictionem, ut vim nuncupativi testamenti habeat, quod nullo modo nuncupatum est. Etenim ea gratia nuncupatio instituitur, ut cum vis rapida morbi scribendi moram non admittit, convocatis subito hominibus, testater iis coram voluntatem suam declarat, omniaque dispositionis secreta, verbis palam expandat. §. *ult. Inst. h. t. ibique* Vigl. Proinde, si testamentum clausula nuncupativi sit adjuvandum, non potest id aliter obtinere, quam concurrentibus hiscè terminis habilibus; Scil. Nuncupatione per testatorem, vel praelectione totius testamenti per actuarium facta, si testator antequam omnia in scriptum sint redacta, testesque vel ipse subscripserint, spiritum exhalet, tum is casus extitit, quo clausula nuncupativi, vim vigoremque obtineat. Pragmatici tamen et tunc eam habere virtutem volunt, quando Notarius nuncupatam testatoris voluntatem solus excipit, eamque redigit in scripturam, vel quando testater tabulas clausas offert Notario, coramque ipso et testibus declarat, eam, quae charta clausa continetur, esse suam voluntatem, quam declarationem Notarius dorso testamenti inscribit; ita D. Voetius P. ad *d.* §. *ult. cap. de Moribus*, multa practicorum auctoritate munitus, quos inter Viglius noster ad *d.* §. *fin.* At hic quidem nihil aliud docet, quam quod nos antea posuimus; Agit de casu, quo testibus omnino praelectum est testamentum,

nec Schneidewinus ab eodem D. Voetio laudatus, aliter quam de nostro genere testandi, per scripturam nuncupationemque simul, loquitur; Credo et reliquos auctores ita existimare, quos non fuit otium inspicere. Nam illa nuncupativi usurpatio nimis a ratione abhorret.

13. Ad usum rei detegendum, recenseamus aliquot casus; Primus sit, Quando testator verbis enunciavit totam voluntatem suam etsi deinde redigatur in scriptum, non tam opus est hac clausula, quam universum testamentum est nuncupativum. Ideoque licet testator ante finitam scripturam moriatur, testamenti vis ea re nihil infringitur. Alter casus; testator scriptum testamentum facere voluit, attamen id totum praelegi jussit, tum si moriatur ante subscriptionem, clausula nuncupativi faciet, ut voluntas sustineatur. Tertius casus; Testamentum est scriptum neque praelectum testibus, sed testator dixit, sibi id esse praelectum eamque suam esse voluntatem, expiravit autem priusquam subscriberet ipse vel testes, numquid clausula nuncupativi effectum habebit? Dicet aliquis, habere debere; quid enim interest, enunciaverit quod volebat, an dixerit se velle, quod in tabulis ejus jussu conscriptis positum est: Non valere tamen, Curia nostra censuit *in causa Egherti a Someren contra Æmilium Jensma. d. 27. Octobr.* 1664. Sixtus Terwischa testamentum scribi jusserat cum hac clausula; non erat praelectum testibus, sed dixerat, sibi id esse praelectum, suam esse voluntatem quidquid in eo scriptum erat, ipse in hoc erat, ut subscriberet, et ferme absolverat, utcunque tremula manu; defecit subito coram testibus, hi dein subscripserunt, addito, quomodo res gesta esset; judicatus est intestatus decessisse Terwischaaus, et quidem φιλονομικῶς. Sunt enim distinctae species, Scriptum et Nuncupativum testamentum, nec adeo confundi jura convenit, ut is, qui scriptum facere voluit, absque nuncupatione nuncupativum fecisse dicatur. Accedit, quod is, qui non absolvit, eoipso magis testari, quam testatus esse videtur, et adhuc poenitere potuit, quod in hoc testatore non abhorrebat a suspicione veri, qui antea saepe sollicitatus ad testandum, constanter dixerat, non placere. vid. *l.* 25. *ff. Qui test. fac. poss.* Faciendum igitur Notariis, ut quando periculum in mora scribendi esse vident, contractis raptim hominibus, testatori suadeant, ut nuncupet voluntatem, quam nuncupationem deinde in scriptum redigant, qua re inter alia Parentem meum. p. m. narrare memini, se januam praxeos sibi aperuisse, cum novus in foro id in simili casu instituisset, stupente vulgo, (raro n. fit) homine mortuo testamentum scribi posse; nam id memoriae causa, digressis testibus factum erat, et expedit, dum scriptura est instrumentum probationis, non forma testamenti.

14. Quod attinet ad ampliationem Clausulae per donationem mortis causa, haec non modo supervacua, quatenus Codicilli mentio sufficeret, sed et adversa naturae testamenti videtur: Nam magis est, ut donatio mortis causa in Testamento consistere nequeat, quia fit per duorum consensum, *l.* 38. *ff. de donat. m. c.* talia vero a testamentis abesse debent, ne subtilissima unitas contextus offendatur, ut diximus *ad tit. Inst. de Test. ordin. possit.* 18. *ibique in Praelect.* Non potest, inquam, donatio perpetrari in ipso actu testandi, ita ut declaratio donantis et acceptatio donatarii conjugantur; sed quominus Testator declaret, se donasse Titio centum, nihil vetat; nec etiam vero, se jam donare; sed tum aut a legato nihil distaret, aut acceptationem deinceps accedere oporteret. *vid. ad d. tit. Instit. posit* 19

15. Quaesito dignum est, an per donationem plene perpetratam, adeoque per quemlibet contractum, testamenta penitus vitientur, qua de re sententias Dd. varias recenset D. Voetius *ad* §. 3. *I. de Testam. ord. n.* 4. De jure non videbatur ambigendum quin extraneus actus, cujusmodi et contractus habetur, unitatem contextus violet, perniciemque testamento adferat, *l.* 28. *in pr. C. de Testam.* ubi; *nullo actu interveniente.* Textu tamen illo et rationibus consideratis, non est necessarium, ut id de contractu intelligamus, modo nihil clam testibus et seorsim celebretur; id enim vetat *d. l.* 28. utique ita dicendum videtur, si contractus obiter fiat, et a materia testamenti non sit alienus, cujusmodi est illa stipulatio de indemnitate, quamlibet inepta, qua testes sibi cavent de occulto testamenti argumento; idemque de donatione mortis causa existimem. Non puto, nos fore tam valide theoreticos, vel theoriam esse tam rigidam, ut ob ejusmodi conventiones testamentum vitiari statuendum sit. Si vero contractus a testamento plane sit alienus, non video, quid nos absolvat ab observatione juris Civilis, quod per extraneum actum unitatem contextus violari dictat, nostrumque Statutum suffragator huic rigori, omnia juris Civilis requisita per unicam exceptionem praecise adfirmans et inculcans.

16. Noli tamen exinde colligere, si dum Notarius describit id, quod Testator dictavit, aut dum testes inter se colloquuntur haustuloque vini recreantur, interim ipsi inter se, vel Testator cum aliquo ex illis, nescio quid contrahant, eo statim vitiari testamentum: etsi contractus ille nihil commune cum materia formave testamenti habeat. Non ea mens est hujus requisiti; sed contractus abesse debet eo temporis

articulo, quo Testator conscriptis perfectisque Tabulis, declarat, compellatis testibus, in iis suam contineri voluntatem, eosque, ut attestari velint, rogat, simulque tam ipse quam testes subscribunt. Hoc est illud momentum, quo unitas contextus religiose conservanda est, ut docuimus *ad tit. Inst. de Testam. ordin. posit* 23. *et seq. ibique in Praelect* Proinde, quae prius et quae postea fiunt, innoxia habenda sunt. In illo autem momento hoc unum agendum, nihil ut extraneum addatur, ne falsis occasio detur fabricandis, quas olim circa testamenta frequentissime excogitabantur; adeo ut lex Cornelia de Falsis, per excellentiam *Testamentaria* dicta fuerit. §. 7. *I. de Publ. jud.*

17. Non est igitur faciendum, ut scita Juris Civilis, utcunque subtilia, putemus absurda, licet earum ratio nobis sit obscurior. Credendum, veteres, experientia subtilissimarum falsitatum, in his etiam institutis excogitandis acutiores esse debuisse; Non ausim igitur cum D. P. Voetio *ad* §. 10. *Inst. audacter adserere*, ita ille, *posse haeredem quandoque esse testem in testamento moribus hodiernis, idque ideo, quod testamentum non necessario testibus praelegatur, verum clausum iis exhibeatur.* Nam id aeque jure civili notum et cautum est, *l.* 21. *C. de Testam.* ut aliquoties dictum, nec ulla ratio hac parte suadet, a jure scripto ut recedamus.

18. Est etiam hoc manifesto receptum, ut duo Conjuges aut amici, in iisdem tabulis singuli proprium testamentum condere possint, adeoque duplex sit revera testamentum in eadem charta, quod in foro Romano fuisse inauditum, jurisque rationi adversum esse, probavimus in *Prael. ad d. tit. Inst. num.* 19. *pag.* 191. idemque Viglius et Vinnius *ad* §. *pen. Inst. d. tit.* quibus addam, quod ait Viglius ad §. *pen. num.* 3. absurdum esse, tabulas altero testatorum adhuc superstite publicari: cum testamentum nisi post mortem, effectum habere non possit, et incivile sit, de vivente palam fieri, quid post ejus fata sit futurum. Quo nomine male audivit olim Augustus, quod Antonii quamlibet inimici, Testamentum pro concione recitasset, ut *Dio Cassius* testatur. Quin imo Testamentum alterius, per posterius singulare testamentum jure factum, rumpi potest, dum id, quod alter facit, adhuc subsistit; quae res iterum vatsibus Jotis visa fuisset enormis, nec in ipso casu pupillaris substitutionis locum habere potuit. §. 5. *I. de Pup. subst.* Et haec res supponit aliud ἀπροσδόκητον, quod ubi duo conjuges aut amici in eadem charta testati sunt, atque mutuo haeredes scripserunt per quandam conventionis speciem, alter alterum foeda machinatione decipere possit, nova testatione, socio ignaro, consignata; nam hoc licere, sequitur ex eo, quod duo penitusque diversa testamenta sint. Gail. *lib.* 2. *obs.* 117. *n.* 2. aliique *citati* a D Voetio ad *d.* §. *pen. n.* 5. Peck. 1. *de testam. conj.* 43. *et l.* 3 *c.* 1. Atque haec conjunctio testamentorum, licet inter conjuges maxime frequentetur, eadem tamen ratione inter fratres, sorores, aliosque amicos fieri potest, ut auctores indistincte loquuntur, apud Peckium *d. lib.* 1. *C.* 19. *n.* 2.

19. Non desunt tamen, qui apud nos putent, conjunctionem illam duorum testamentorum, non nisi inter conjuges habere locum; inter alios si fiat, standum esse jure civili; sed nec ratio, per quam ita sentiunt, nec usus noster id evincunt. Ratio est ex Novella *Valentiniani tit. de Testam.* quae de conjugibus agit; sed notum est, hujus Principis constitutiones non facere partem juris Justinianei, nec esse receptas in Europa. *Carent*, inquit Viglius *ad d.* §. *pen. n.* 3. *in fin. omni auctoritate*, nec *in judicio recitari possunt*; adeo ut haec consuetudo non a Valentiniano, sed a disputatione Interpretum et opinione Doctorum invaluerit. Denique in Senatu Curiae nostrae, jus dictum scimus a testamento reciproco duarum sororum *Swartzenburgicarum*; etsi partibus in mentem non venerat, ut de hoc articulo disceptarent, tamen non erat dubia mens Senatus, valere testamentum; et saepe alias fit, ut propinqui, convictores, amici, in amicos inducant, qua pariter ultimas voluntates componant, neque de valore dubitatum fuit in peristyliis fori; memini que, veteranos Advocatos et eruditos a causis contra ejusmodi testamenta, ut desperatis, abstinuisse. Intelligo tamen, postea Curiam Supremam habuisse pro nullo testamentum, in quo diversi fratres reciproce testati erant, in causa *Nicolai Bruinsma in qualit. contra Jenne Hauses cum sociis. d.* 15. *Jul.* 1684. *Haec sententia*, sic mihi retulit Vir Ampliss. *in Acta relata, sed non est pronunciata, quia partes transegerant.* An, quod plures duobus fuerint, an quod ultra conjuges hoc jus extendere non placuerit, non habeo dicere. Certe in immodicum coacervari numerum testatorum, deforme foret, ut si parentes cum liberis et adfinibus in iisdem tabulis testari vellent, quomodo quatuordecim homines in una domo instituisse, aliquando accepimus. Quis dubitet, quin merito id rejiceretur? Placet hoc addere; Ab hominibus Maccumaeis oblatum mihi esse Codicillum reciprocum Viri et Uxoris, in quo testes erant Mater Testatoris, cum duabus Sororibus, et Fratre Testatricis. Insolens forma, nec tamen in leges impingens. Ideo respondi, valere videri. *d.* 9. *Septembr.* 1688.

TIT. II.

DE LIBERIS ET POSTHUMIS HAEREDIBUS INSTITUENDIS, VEL EXHAEREDANDIS.

I. Remissio, et distinctiones posthumorum. II. Remissiones, item an causae exhaeredationis pares, vel graviores admittantur. III. Non dari Quaerelam fratri, cum spurius haeres factus est. IV. An exhaeredatio per reconciliationem tollatur. V. An differentia Nullitatis et rescissionis hodie supersit. VI. Si supersit, an reales habeat effectus hodie. VII. Dari tales effectus; et recensentur. VIII. Exhaeredationem sine causa, et praeteritionem matris, testamentum facere nullum, in Foro, non jure civili. IX. Discrimen juris civilis inter suos et emancipatos, moribus etiam esse sublatum. X. Quasi agnationem posthumorum quoque sublatam esse XI. Jus verae posthumi agnationis, non esse obsoletum. XII. Quid de liberis adoptivis.

(a) Hic titulus est parallelus Rubricae Institutionum, de Exhaeredatione liberorum; Quam ita illic prosecuti sumus, ut ad paratitlarem expositionem eeme facile plus requisiturus sit, quod putem. Nam etsi de Exhaeredandis liberis tantum inscriptio illa promittat, ratio tamen oppositionis et connexionis fecit, ut ibidem quoque de posthumis et de praeteritione sit actum. Nisi placeat, posthumorum diversitates repetere, quae ab aliis heic prolixe tractatur.

N. Addit.

In positionibus tamen adhuc aliud adductum erat, ab auctore hic omissum, forte, ne ad Scholium ibi positum respondere adigeretur.

POSITIO 14.

Unde liquet, exhaeredationem posthumi cum nec nullitatem, † nec rumpendi effectum pariat, querela evertendam esse, adeo ut posthumus hodieque eodem sensu possit exhaeredari, quo olim, nam et tunc, ut exhaeredatio suum finem consequeretur, causae justae requirebantur, l. 7. de bon. damn. l. 5. ff. et l. 28. C. de inoff. test. *excepta specie, quam Justin. abrogat in* l. 33. §. 1. C. eod. *aliisque fortean similibus.*

Scholium

† *Puto nullitatem, quia Justinianus in* Nov. 115. *certas exhaeredandi causas pro forma testamenti posuit, quae in posthumo obtinere nequeunt. Qui enim hic posset fieri ingratus? et etiamsi una ex istis a testatore opponeretur, aperta tamen ejus foret calumnia, et ita querela inofficiosi, quae contra haeredem jure novo instituitur, cum causa exhaeredationis est dubia, non est opus.*

Wissenbachio nostro labor ille, licet inutilis, tamen jucundus videtur ad *h. tit. th.* 25. Quod studiosis ita de hisce perplexis et subtilissimis distinctionibus videri, parum perspexi. Tu velim sic teneas; Definitionem omnis generis posthumorum suorum, tam verorum quam quasi talium, his verbis optime comprehendi. Posthumus est, *qui post testamentum factum jus sui haeredis est nactus.* Hoc fit. 1. Nativitate post mortem patris. 2. Nativitate post mortem avi. 3. Nativitate post factum testamentum vivo patre, vel avo. 4. Per quasi agnationem nepotis post testamentum nati, in jus sui haeredis, per mortem patris. 5. Per quasi agnationem nepotis, qui tempore facti testamenti natus, erat alienus, in sui haeredis locum. *Primus* erat posthumus antiquus ex lege XII. Tab. *Secundus* ex sententia Galli Aquilii. *Tertius* ex primo capite Legis Vellejae. *Quartus* ex Juliani sententia. *Quintus* ex secundo capite legis Aquiliae. *L. Gallus.* 29. §. 11. *et sequ. D. h. tit.* Wissenb. *ad h. t. th.* 3. *et sequ.* Haec olim tam anxie distinguebantur, quia si posthumus uno casu haeres vel exhaeres scriptus, altero natus esset, testamentum rumpebatur, *l.* 10. *l.* 29. §. 8. *h. et l.* 26 *de Substit.* (1) quae subtilitas a lege Justiniani aliena videtur, ut apparet ex *l. ult. C. de posthum haered. inst* ubi casus unus porrigitur ad alterum.

2. Porro de effectu praeteritionis, de forma exhaeredationis, de discrimine marium et feminarum, de causis exhaeredandi. Item an similes vel graviores admitti causas oporteat, *ad Inst.* copiose actum. Ad ea tamen, quae *n.* 10. ibi

(a) *Pos.* 1. *et seqq.*

(1) *Qui desiderat expositionem* l. 29. h. t. *consulat Barthol. Chesium.* lib. 1. interpret. jur. cap. 49.

dicta sunt, causas ejusdem generis similes, aut graviores, non posse excludi, Thomasius heic loco opposuit.

Scholium

Negavi tamen ad Instit. de inoff. test. posit. ult. *ubi simul ad exempla auctoris nonnulla, in quibus extensionem procedere arbitratur, respondi. Alia adhuc duo suppeditat* in praelect. ad inst. h. t. n. ult. Si patrem, *inquit*, carcere clausum, filius fidejussione liberare conetetur, exhaeredandus erit; at si ipse eum in carcerem per injuriam compegerit, id non licebit? Si patrem testari prohibuerit, exhaeredari meretur, si compulerit et coegerit ad suam libidinem testari, non poterit? *Sed videtur ipse auctor de convenientia horum exemplorum dubitasse, dum eadem in positionibus consulto omisit. Nam quod filium patrem carceri includentem attinet; is si privata auctoritate id fecerit, haereditatem amittet, non argumento a minori ad majus, sed quod jam includatur hic casus* §. 1. et 2. *cap.* 3. d. Nov. 115. *sin per officium judicis ex causa criminali, spectabit iterum ad casum* §. 3. *Nam ob civile debitum, (de quo potissimum loquitur, quem extendere vult auctor* §. 8.) *non impetrabit filius, ut pater carceri mancipetur, quia parentes habent beneficium competentiae. Deinde quod concernit filium cogentem parentes, ut ad suam libidinem testamentum faciant, is utique exhaeredari poterit, non vero propter interpretationem extensivam, sed quod hic casus iterum sub verbis* §. 9. *comprehendatur. Qui enim alium cogit ad suam libidinem testari, is certe hoc ipso* prohibet eum, ne libere testetur.

Responsio

His collationibus, quae multo plures ad sequentes positiones moventur, diutius immorari non libet, praesertim quia in posteriori praelectionum ad Institutiones editione, hanc Quaestionem copiosius excuti sumus. Unde ad haec et sequentia non difficilis responsio. Denique, si Thomasius omnia, quae sunt ejusdem generis, et nobis quidem a causa Nov. 115. *expressis diversa videntur, velit iis concludi, vix ulla nos inter discrepantia fuerit.*

N. Addit.

Ego vero in citato loco nihil deprehendo, cui non satisfieri possit per Scholia nostra ad Positiones Auctoris, hic pariter cum Scholiis omissas. Ergo apponamus, et judicium linquamus Lectori.

Posit. 16. *Quod proinde et tribus illis causis, propter quas frater aut soror, a fratre vel sorore potest exhaeredari, statuere oportet,* (c) *alioqui non licebit respondere Viglio,* (d) *qui hoc argum. imprimis urget ad* §. ult. Inst. de inoff. testam. in fin. *Tametsi ut omnibus occurratur scrupulis, longiori opus est oratione: diximus aliquid* in praelect. ad tit. Instit. de exhaer. liber.

(c) Nec hoc admittimus, propter particulam taxativam *solum*, quae est *in cap.* 47, *Nov.* 22.

(d) Qui quidem jam non est ad manus. Sed videtur tamen stare pro nostra sententia, per ea, quae auctor habet *in praelect. d. l.*

17. *Una superest ratio, cui occurrere sit operae pretium, petita a frequenti regula, quod in his, in quibus specialis sanctio legis requiritur, nulla similitudo vel consequentia admittatur.* vid. *Wissenbach.* disp. 39. thes. 17. part. 1. ad Pandect. (e) *Sed causae exhaeredationis hodie sine dubio ex speciali lege proficiscuntur.*

(e) Et omnino ad *h. t. th.* 11. ubi expresse nobiscum sentit, cujus adeo opinionem eo magis contra auctorem amplectimur, quod ea confirmata sit *per decis. noviss.* 22. Adde Finkelth. *observ.* 99.

18. *Responde, distinguendo,* (f) *utrum lex de casu uno certo et limitato, an de certis causarum generibus, sub quibus multi ac indefiniti casus contineantur, agat, ut in his causis: In priori facile omnis consequentia praecidi potest, in posteriori non aeque.*

(f) Sed haec distintio litem non tollet. Nam loquitor sane Novella 115. c. 3. et 4. de casibus certis et limitatis; et deinde non omnem consequentiam praecidere volumus, sed illam saltem, quae propria est interpretationi extensivae, non eam, qua nititur interpretatio comprehensiva, vel declarativa, ut ab aliis vocatur, quae duas interpretationum species Auctor miscuisse videtur.

19. *Praeterea interesse videtur, utrum Legis sanctio, moralibus personarum meritis nitatur, an oratione mere* positiva; *si hac, tum nihil mirum est, casum, quem Lex omittit, sub eo, quem ponit, non comprehendi. Sed ubi lex ejusmodi meritis movetur, valde durum est,* (g) *non producere legem ad eos casus, quibus merita illa praegnantiora sunt.*

(g) Imo non est, quia legislatoris arbitrio regulariter paenarum determinatio et exasperatio est relicta.

20. *Praeterea, quae ad haec causarum genera pertinent, separanda sunt ab his, quae ad internam exhaeredationis perfectionem requiruntur: nam quod ad haec,*

imperfecta exhoeredatio (h) *pro praeteritione habetur et facit nullitatem*, §. 12. I. de Haer. ab intest. *verum omissio ejus* (i) *quod ad justitinm causae pertinet, non tollit essentiam effectumque exhaeredationis, sed querelam adhuc requirit.* (k) *ut potet* ex Nov. 115. *c.* 3. *dix ad tit. I.* de inoff. testam. n. pen.

(h) Quando nimirum non observantur requisita posit. 2. et. 3.

(i) Id est omissio causarum in Novella 115. expositarum.

(k) Et hoc negavimus *ad. d. n. pen.* ac passim

21. *Quid autem, an ex hac sententia non sequitur, proeceptum Justiniani de causis testamento inserendis, impune posse negligi, nihilque interesse, utrum exprimatur causa, vel non, siquidem utroque casu querela locum inveniat?*

22. *Minime vero. Cum enim causa exprimitur, hoeres ad probandam eam causam admittitur, eoque probata, exhaeredatio hobet effectum cum exclusione exhaeredati; sed omissa causa, exhoeredatus querelam necessario obtinebit, ejusque praesidio testomentum expugnabit.*

23. *Nec propterea inanis argutia dicenda est, quod testamentum illud nunquam habeat effectum, neque tamen sit nullum. Quippe si dicamns,* (l) *exhaeredationem sine causa expressa testamentum facere ipso jure nullum, sequitur, quod et liberi emancipoti, quique nunquam in potestate fuerunt, testamentum perinde nullum dicant, si tacitam ob causam sint exhaeredati, quod et posthumi exhaeredati testamentum agnascendo rumpant, quia cum causa nullo modo exhaeredari possuut, aliaque plura inde sequentur, fietqae nimis magna strages* (m) *juris ontiqui, sublata bonorum possessione contra tabulas, differentio suorum et emoncipatorum quod ad Institutionem, titulisque* ff. C. et Inst. *de inofficioso testomento magna parte suffocotis.*

(l) At haec non est responsio ad objectionem initio hujus positionis formata, sed nova objectio contra sententiam nostram.

(m) Non tamen cum damno, quia remedium nullitatis est longe pinguius, quam ista remedia antiqua.

24. *Quod profecto nimis est gravis praejudicii, si statuamus, Justinianum, qui nunquam* (n) *jus vetus, nisi cum multa praefatione et ostentatioue prudentiae sune abrogat, tot tamque praecipua Juris capita, una consequentia silentioque abolevisse.*

(n) Esset haec conjectura alicujus momenti, nisi eadem Auctoris opinioni obstaret. Etiamsi enim pona Novell. 115. *c.* 3. *et.* 4. loqui de querela inofficiosi, tamen, ut alia taceam, illud novum erit, quod non liceat ex alia causa, quam quae ibi exprimuntur, filium exhaeredare, cum ante hanc Justiniani constitutionem, forte etiam exhaeredatio sustenta fuerit, si facta sit ob homicidium, blasphemiam, et alia delicta filiorum. Deinde quid opus est conjecturis, cum Justiniani verba, *non licere penitus etc.* satis enixe voluntatem ejus, novum aliquid constituere intendendem, declarent?

25. *Idem de paeteritione matris avique materni, judicium esto. Habetur illa pro exhoeredatione*, §. ult. Inst. de exhaered. lib. *nec id uspiam mutatum* (o) *videmus; At cum sine causa semper fiat praeteritio, liberi necessario per querelam hoc casu vincunt.*

(o) Est mutatum in *d. c.* 3. *N.* 115.

26. *Enimvero vix intelligo eorum mentem qui praeteritionem maternom adhuc pro exhoeredatione haberi fatentur, at ubi sine causae expressione fit, hoc casu testamentum ipso jure nullum esse volunt, ut communis Dd opinio exponitur a Sandio* (p) lib. 4. tit. 2. def. 2. *a qua recte dissentit.*

(p) Non tamen a nobis. Nec a Sandio, si eum accurate intuearis, ut adeo supervacua sit disputatio et hujus et sequentis positionis. Expositionem verborum Sandii, nostrum institutum jam non admittit.

27. *Utique praeteritio cum per silentium fiat, non potest non fieri sine expressione cousae, nisi multum fallor; ideoque ex Juris ratione testamentum, in quo avus vel avia nepotes praeterierunt, per querelam expugnandum, ac ita successio ab intestato petenda est; verum in foro directe petitio haereditotis ab intestato admittitur, ut Sandius* ibidem *testatur.*

Repetantur etiam ea, quae diximus in novis additionibus ad Instit. de exhaered. liberorum et de de inoffic. testam.

3. Plenius eamdem materiam ad *tit. de inofficioso testamento Inst. et D.* prosecuti sumus, ubi inter alia quaesitum est, an fratri aut sorori detur querela, si spurius sit haeres institutus, quasi turpis aut levis notae macula adspersa persona, secundum. *l.* 27. *C. de inoff. testam.* Operae pretium est monere, talem speciem decisam esse nuper apud Curiam nostram. Titius instituerat Cajam haeredem spuriam ignoti Patris, cum sorore legitime nata. Testatoris sorores movebant querelam, sed repulsam tulerunt, *ante ferias Natal.* 1688. judicio appellationis, postquam a Scabinis Leovardiensibus eodem modo priore instantia definita erat, in *causa Nicolai Henrici nom. Ux. cum soc. contra Henricum Schol. in qual.*

4. (b) Retulimus in posit. et hanc quaestiunculam. Si pater cum filio exhaeredato reconciliatus sit, eumque in gratiam plenissime receperit, an maneat exhaeredatio. Manebit, hactenus ut testamentum eo quasi praeterito non sit nullum: Sed filius querelam instituet, exceptionemque ingratitudinis per replicationem reconciliationis elidet, per *l.* 5. *C. fam. ercisc.*

SCHOLIUM

Mallem et hic contrarium defendere, arg. d. l. 23. *de* lib. et posthum. *Nam ad* l. 5. C. fam. ercisc. *responderi potest; a remissione vindictae et inferendi mali, ad positionem faciendi beneficii, non valere consequentiam. Citius enim animus reconciliatus a mali illatione abstinet, quam ad beneficia exhibenda pronus est.*

Opp. *l.* 23. *de lib. et posth.* Pater filium exhaeredatum, emancipatum rursus arrogavit, eique tamen nocet prior exhaeredatio. Resp. Arrogatio illa non valet; tu *instas*, non quidem ad effectum Patriae Potestatis, bene tamen ad argumentum animi reconciliati, vult enim Pater eum habere pro filio. Resp. Arrogatio non semper est indicium benevolentiae; potest ob alias fieri caussas, velut conditionis implendae gratia.

SCHOLIUM

Arripio hoc, erit tamen plerumque, ac propterea etiam de tali casu, ubi arrogatio ex capite benevolentiae facta fuerat, intelligendus erit JCtus.

RESPONSIO ad utrumque Scholium.

Fulmen exhaeredationis, quod paulo minus est quam condemnatio ad esuriem et mortem, non potest voluntati paternae post reconciliationem amplius adscribi, et propterea non fert ratio, ut in d. l. 23. *reconciliatio gratiae et amoris interposita dicatur. Sed arrogationem ex alia causa, quemadmodum fieri potest, oportet esse factam, etsi plerumque secus se res habeat.*

N. ADNIT.

Duo hic excipimus. Falsum est, condemnationem exhaeredationis paulo minus esse, quam condemnationem ad esuriem et mortem. Qui si enim filius jam adultus sit, (ut regulariter in his contingit, qui secundum Jus Novellarum ex certis ingratitudinis causis possunt exhaeredari) et labore suo ac industria se sustentet? Quid si Pater nihil reliquerit? Secundo, quod JCtus non supponat casum specialem de arrogatione citra affectionem amoris facta, sed loquatur de arrogatione filii in genere, quam ipse auctor fatetur plerumque fieri ex affectione, docet integer legis contextus. Ait Papinianus. Filio, quem pater post emancipationem a se factam iterum arrogavit, exhaeredationem antea scriptam nocere, dixi. Nam in omni fere jure sic observari convenit, ut veri patris adoptivus filius nunquam intelligatur, ne imagine naturae veritas adumbretur, videlicet quod non translatus, sed redditus videretur: nec multum puto referre, quod ad propositum attinet, quod loco nepotis filium exhaeredatum pater adrogavit.

5. Superest collatio aliqua cum moribus; Iure civili, etiam novissimo, cautum est, ut si filius aut filiafamilias, nec haeres institutus neque exhaeredatus aut exhaeredata sit, testamentum sit ipso jure nullum; emancipati liberi per ejusmodi silentium praeteriti, habent bonorum possessionem contra tabulas; exhaeredati, movent querelam inofficiosi testamenti, §. 5. *et sequ. Inst. de Liber. ex haered.* ut latius probatum est *ad d. tit. et ad tit. ff. Inoff. Testam.* Priores non egent remedio actionis aut rescissionis, cum quod nullum est, τὸ μὴ ὄν, non capit terminos habiles rescissionis, verum posteriores actu judiciali infirmare debent testamentum per petitionem bonorum possessionis, aut querelam inofficiosi. Priores namque, recta via petere possunt haereditatem, de qua testamento nullo aliter dispositum erat, posteriores non prius, quam resciderint tabulas testamenti. *dd. ll.* Sand. *lib.* 4. *decis. tit.* 1. *def.* 2. Sed ut vice nullitatis, quae Jure Latino praescriptae sunt, moribus hodiernis exiguum habent usum; ita in hac specie plerisque locis Europae cessat nullitas; eo quod jus Suitatis, unde filiifamiliarum praeteriti, testamenta simpliciter nulla dicunt, passim fere sublatum est: ideoque liberi utriusque sexus, tam emancipati quam sui, praeteriti atque exhaeredati, Testamentum, in quo male habiti vel neglecti sunt, promiscue per Querelam Inofficiosi expugnant. Grot. *Introd. Jur. Hol p.* 18. *n.* 11. 12. 13. Gudelin. *de jur. noviss. l.* 2. *c.* 5. *vers. posterior. in fin.* Autumn. *Confer. in Ath. novis. novissima. C. de Inoff. testam.* Groenew. *in pr. ad h. tit.* Sed in Frisia, locisque aliis juris scripti, ut effectus patriae potestatis omnes pene manent integri et usitati sunt, ita hac parte nihil de re civili mutatum agnoscimus; sed liberi in potestate constituti, testamenta parentum, in quibus sunt praeteriti, pro nullis habent, et talia dicunt. Sand. *lib.* 4. *tit.* 2. *def.* 1. *et* 2.

6. Sed, cum res et constitutiones Civiles effectis aestimentur, quaeri debet, an hoc discrimen conspicua quaedam vestigia fori habeat. In promptu est id adfirmare; nam cujus favore

(b) *Pos.* 8. *et* 9.

testamentum est ipso jure nullum, is immediate potest haereditatem petere, cum reliquis in antecessum opus sit rescisso testamento, sicut *antea* diximus. Sed an non haec discrepantia magis in verbis, quam in re consistere videtur? Nam *dicere nullum* testamentum, aeque in judicio fieri debet ac *rescindere* ibi fiat; declaratio enim judicis super nullitate, et in eum finem judicialis instantia, est necessaria in foro; nec adeo multum refert ad compendium adipiscendi bona, quo genere actionis experiaris: Nam etsi *nullum dicere*, forte non sit actio, est tamen judiciale remedium, quod in foro ad instar actionis redigitur. Denique, sicut is, qui nullum dicit, simul petere potest haereditatem; ita et is qui habet querelam, in effectu idem facere potest; siquidem in una eademque conclusione peti potest rescissio testamenti, et haeredis declaratio, haereditatisque restitutio, ut omni die videmus. Quid igitur in summa refert, utrum subtilitate juris nullum esse dicam testamentum, an, quod praxis alibi vult, per querelam rescindatur?

7. Sunt tamen effectus differentiae notabiles: Nam in querela disputatio ingratitudinis vertitur, quae facti circumstantiis intricatior est, nullitatis vitia plerumque palpabilia sunt. Querela solam haeredis institutionem rescindit, reliquis testamenti capitibus salvis. *Nov.* 115. *c.* 3. §. 13. *vers. sed hac quoque et* §. *ult.* Testamento nullo, cuncta labuntur, ne legatis quidem fideique commissis valentibus. *l.* 4. *C. de lib. praet. pr. I. de Exhaered. lib.* * Denique Inofficiosi querela quinquennio finitur. *l.* 8. §. 17. *ff. de Inoff. testam.* Nullitatis remedia nullis in jure spatiis circumscripta leguntur, nisi longissimi temporis. *l.* 3. *et l.* 7. *C. de praescr.* 30. *vel* 40. *annor.* Amplius, ante rescissionem per querelam, Testamentum valet; ubi nullitas arguitur, perinde habetur, ac si inde ab initio nihil dictum, factum esset; haec enim toto jure notissima τοῦ *rescindi* et *nullum esse* constat esse differentia. Hinc duobus testamentis factis, si posterius sit ipso jure nullum, prius valet, haeredesque in eo scripti haereditate potiuntur, *l.* 16. §. 1. *ff. de vulg. et pup. subst.* quod si posterius querela rescissum fuerit, prius testamentum non valet, sed testator ad causam intestati redigitur. *l.* 6. §. 1. *de Inoff. testam.* Usum et exemplum vide apud Sandium *lib.* 4. *tit.* 2. *def.* 1.

8. Praeteritionem matris avique materni, pro exhaeredatione haberi, notum est ex §. *ult. Inst. h. tit.* sed quaerit Sandius *l* 4. *tit.* 2. *def.* 2. *vers. illud exemplum est.* Si avia nepotem praeterierit, nulla certa causa expressa, utrum querelae tum locus sit, an vero testamentum sit nullum Plures utriusque sententiae Auctores laudat Sandius, Curiaeque sententiam refert pro nullitate, tametsi ipse in diversam partem inclinare videatur, *verb. multi probabiliter disputant.* Sed revera Auctores illi non agitant controversiam de praeteritione matris avique materni; sed de ipsa exhaeredatione, quam Justinianus in *Nov.* 115. *c.* 3. vult fieri cum expressione certae causae, qua omissa, existimant multi, exhaeredationem utpote contra legem factam, esse nullam. *arg. l.* 5. *C. de LL.* At in praeteritione videtur haec quaestio carere terminis habilibus; nam praeteritio per silentium committitur, ut passim videas; *silentio praeterierit*, ut est in *pr. Inst. de Exhaered. lib.* Idcirco abs re videtur, in praeteritione velle requirere certarum causarum expressionem, quae exhaeredationi tantum conveniat. Auctores etiam quos Sandius citat, quaestionem illam de exhaeredatione sola tractant, inquam, et praeteritionem maternam ei per consequentiam annectunt; hoc modo; Qui sentiunt, exhaeredationem sine causa factam, querela excipiendam esse, statuunt idem de praeteritione materna simpliciter; Qui volunt, testamentum exhaeredatione sine causa nullum fieri, statuunt idem de praeteritione matris: nec applicant ei discrimen expressae vel non expressae causae.

Summa igitur huc redit; Vera juris civilis sententia est, exhaeredationem a Patre, vel praeteritionem a matre factam, locum facere querelae inofficiosi, quae per *Nov.* 115. *c.* 3. *et* 4. minime est abolita, cum passim infirmationis, rescissionis, evacuationis, quae verba nullitati non conveniunt, meminerit. Verum si causa non sit expressa, quod in praeteritione semper fit, rescissio cum effectu indistincte procedit, ex novissima Justiniani Lege *d. Nov. c.* 3. *in pr.* Adjecta causa, de veritate ejus et probatione quaeritur, ac inde pendet successus querelae, quam alii Doctores hoc solo casu usum habere volunt.

Horum sententia in Foro, quin et in Curia nostra, praevaluit olim, infinitisque judiciis approbata est: consequenter, exhaeredatione sine certa causa facta, testamentum erit ipso jure nullum; jure, quod in foro valet, idem fit in casu praeteritionis; causa expressa, querelae judicio locus est, scilicet in casu exhaeredationis; in praeteritione vix est, ut expressio causarum fieri possit.

9. Emancipati praeteriti, habent bonorum possessionem contra tabulas jure praetorio. §. 3.

* Sunt tamen multi Dd. in ea sententia; testamentum ob non rite factam exhaeredationem nullum, non corruere, nisi quoad solam haeredis institutionem. v. Stryck. *Us. Mod. D.* § 7. *h.*

I. h. t. quam nulla fere pars Europae agnoscit, bonorum possessionibus dudum in usu detritis, toto jure praetorio cum jure civili in unum confuso, testibus omnium Gentium, quos citant Vinnius *ad tit. Inst. de bonor. poss. et* Voetius *ibid et ad fin. hujus tit.*

Imo non desunt, qui jure civili novissimo, discrimen hoc inter suos et emancipatos sublatum esse putant, auctore summo viro Cujacio *in not. ad Ulpian. tit.* 10. quem et ratio non spernenda movet: eo quod emancipatio non sit hodie capitis diminutio, quod nos etiam probavimus *lib.* 3. *Digress. cap.* 6. Sed res inde non pendet; verum a suitate, quae oritur è patria potestate. *pr. Inst. h. t. et* §. 2. *Inst. de Haered. qual. et diff.* Atqui hoc respecta differentia emancipatorum a liberis, qui in potestate sunt, etiamnum manet; etsi enim emancipatio maxime non sit capitis diminutio, sine dubio tamen est modus solvendi patriam potestatem. Rectius igitur plerique alii, discrimen hoc praeteritionis hodieque tenent, quos inter Perez. *ad tit. C. de lib. praet. n.* 4.

Sed quia toto jure civili, expresse non obolito, utimur in Frisia, dubitet aliquis, an apud nos aeque ac alibi bonorum possessiones sint abolitae. Esse abolitas, probant hae rationes: I. Bonorum possessio est jurisdictionis Praetoriae, quae apud Romanos a jure civili more ac ratione discrepabat, hodie nulla ejusmodi differentia superest, ut omni Europa, ita nec apud nos. II. Quod Vinnius scribit ad §. *ult. I. de bon. possess. In his regionibus bonorum possessionis nullus usus est, sed utimur tantum aditione sive agnitione haereditatis civili.* Æque apud nos visum iri plerisque, nullus dubito; nec adeo dubitabunt adfirmare, qui in foro versantur, id nec aliter in judiciis nostris servari, bonorum possessiones usu constanti, in et cum haereditatibus esse resolutas. III. Videtur et in Statutis aliquid esse, quod huc pertineat, *lib.* 1. *tit.* 17. *artic.* 3. ubi *haeredibus datur facultas, occupandi haereditates, in quas successerunt, non expectata judiciali immissione in possessionem illorum bonorum.* Atqui bonorum possessiones, etsi per legem Constantini solemnitatibus antiquis exemptae sint, judicis tamen aditionem et auctoritatem hodieque requirunt, *l. ult. C. Qui admitt. ad bon. poss.* cujusmodi judicis interventus, et hoc statuto tollitur, et plane ab usu nostro remotus esse videtur. Porro si abrogata sit bonorum possessio contra tabulas, nihil reliquum est pro Liberis emancipatis praeteritis, quam ut Testamentum dicant nullum, ac ita discrimen suorum et emancipatorum hac etiam parte sit sublatum.

10. Sequitur de quasi-Posthumis, hoc est, de nepotibus, qui post mortem patrum existentium adhuc in propriorum patrum potestate, loco *suorum* Avis agnoscebantur, ut habes *in* §. 2. *Inst. h. t.* hoc nostris moribus, aeque ac alibi, abolitum esse, certum est, quia nititur haec Agnatio posthumorum eo fundamento, quod patria potestas etiam post nuptias liberorum durabat. At cum Jure nostro, liberi, nuptiis rite contractis, exeant e patria potestate, *suique* esse desinant, sequitur, nepotes unquam suos fieri posse respectu avorum, cum sint in potestate genitorum; sicut Romanis legibus nepotes e liberis emancipatis non recidebant in avorum potestatem. §. *penult. Inst. quib. mod. jus. pat. pot. solv.*

11. (c) Dicendum quoque de veris posthumis. Hi exhaeredati habent querelam, §. 2. *in fin. Inst. de Inoff. testam.* praeteriti a patribus rumpunt testamentum agnascendo, §. 1. *Inst. h. t.* a matre avoque materno praeteriti, queruntur etiam de Inofficioso §. *ult. ejusd. tit.* Haec alibi forte gentium negliguntur, apud nos haud perinde; nisi quod de praeteritione superius dictum est, *eam testamentum indistincte facere nullum*, hoc in posthumis secus se habere; Nam testamentum, in quo posthumus, sive filius nondum natus, (in filiabus idem juris esse, notum ex §. 5. *h. t.*) silentio praeteritus est, ab initio valet, neque rumpitur, nisi postquam filius lucem salutaverit, quo eventu existente, testamentum sine ullo actu judiciali, contra quam in casu Querelae, evanescit et vitiatur, ac si inde ab eo tempore nullum esset. §. 1. *Inst. Quib. mod. testam. infirm.* Posthumo igitur in partu vel abortu pereunte, manet validum, sicut erat, testamentum, secus ac in casu nullitatis accidit; imo si vivo testatore posthumus non vivax, iterum expiraverit, jure praetorio convalescit, at vim suam recuperat testamentum. *l.* 12. *de Injust. rupt. testam.* Testatore vero mortuo natus, licet illico decesserit, nihilominus ruptum manet testamentum, *l.* 2. *C. de Posth. haered. inst.* etsi ne vocem quidem emiserit. *l. pen. eod. tit.* Exceptionem intelligas esse in *l.* 3. *C. de Inoff. testam.* Quod autem superius dictum est, Agnatione posthumi posthumaeve testamentum ita rumpi, ut sine ullo actu judiciali jus ejus vitietur, id ita capiendum est, sicut ante dictum de nullitate; Vi legis testamentum per se ac immediate exinanitur habeturque pro eo quasi non esset; effectum tamen in foro posthumus contra scriptum haeredem invitum, adeoque possessionem haereditatis, sine judicis officio ejusque imploratione, non potest obtinere, quod res ipsa per se loquitur.

(c) *Pos.* 3. *tit. seq.*

12. Adoptivi liberi hac in parte singulari jure gaudent, quod exponitur *in* §. 4. *et* §. 5. *in fin. I. d. t. et* §. 14. *Inst. de Success. ab int.* Adrogati omnes et adoptati ab aliquo adscendentium, eodem modo sunt exhaeredandi vel instituendi, quo liberi naturales; adeoque praeteriti jure nullitatis utuntur, sed ab aliis, qui hoc loco *extranei* dicuntur, adoptati, impune silentio praeteriri possunt. Usus differentiae pendet ab usu vel inusu adoptionis; quam plerisque locis exolevisse, apud nos rarius quidem usurpari, minime tamen abrogatam esse, diximus ad *tit. I. de Adoption. in fin.*

TIT. III.

DE INJUSTO, RUPTO, IRRITO FACTO TESTAMENTO.

I. Collatio modorum infirmandi testam. cum Moribus. II. An testamentum posterius non tollat hodieque prius ipso Jure. III. Utrum secus obtineat, si in posteriori sit haeres ex re certa. IV. An, cum duo pariter fecere testamentum, possit impediri, quominus alter mutet voluntatem. V. De vi clausulae Derogatoriae in futurum. VI. An adhuc capitis diminutione Testamenta infirmentur.

(a) Hujus Rubricae expositionem dedimus *ad tit. Inst. Quib. mod. testam. infirm. p.* 221. Ut heic nihil quam collatio cum usu hodierno supersit. Infirmantur testamenta vel inde ab initio, vel ex postfacto. Ab initio, per praeteritionem liberorum qui in potestate sunt, et omissionem solemnitatum. Ex postfacto infirmantur jure praetorio, vel jure civili. Ex praetorio datur bonorum possessio contra tabulas, quam tamen moribus hodiernis abolitam esse, pluribus approbatum est *ad tit. praeced.* Jure civili Testamenta rumpuntur, irrita fiunt, destituuntur, aut rescinduntur, *t. h. tit.* Rumpuntur agnatione sui haeredis, et posteriori testamento aeque perfecto. Agnatio est vera, vel quasi talis. Vera, cum testatori posthumus agnascitur, qui in potestate sit, atque hanc speciem hodieque esse cognitam, aeque *superiori tit.* probatum est. Quasi-agnationis variae sunt species, §. 2. *I. de exh. lib.* cum nepos avo in locum patris fit suus haeres; quod hodie non fieri, nec perinde hac ratione vitiari testamentum, monuimus *ibidem.* Altera, cum testator filium adrogavit, vel adscendens adoptavit. §. 1. *I. h. t.* Tertia, cum testator post factum testamentum naturalem filium legitimavit. *d.* §. 1. Has species posse quidem usum hodieque habere, sed raro usu venire, similiter antea *suis locis* docuimus.

2. De ruptione, quae fit per posterius testamentum aeque perfectum, plura dicenda erunt. Positio Caesaris est; Posterius testamentum rumpit prius, ipso jure, licet non revocetur. §. 2. *in pr. l. h. t. l.* 27. *C. de testam.* Contra *moribus hodiernis Testamentum posterius non rumpit prius ipso jure, verum ut prius sit ruptum, posteriori subjicienda erit clausula revocatoria prioris, saltem generalis,* verba sunt D. P. Voetii *ad h. tit n.* 2. citatis pluribus clariss scriptoribus pragmaticis; addito, videlicet, si posterius testamentum revocatoria clausula destitutum, contrarie tamen priori testamento contineat, hactenus quoque tolli prius testamentum, etsi non adsit formula revocandi. Quidquid de moribus quarundam Gentium sit, nihil causae video, cur hic articulus juris Romani apud eos, qui jure civili utuntur, sublatus videri debeat. Sandius utique regulam hanc juris notissimam esse, tradidit in *lib.* 4. *tit.* 1. *def.* 10. quanquam auctoritas ejus. hic supervacua est, in re, de qua neminem in foro nostro dubitare scio; cum et ratio, quae Juris Romani est, odieque, maneat, ab haeredis institutione petita, quae cum universalis et infinita sit, nihil excludens, *l.* 24. *ff. de V. Signif. l.* 62. *de R. J.* merito ἀσύστατον videtur, ut duae dispositiones infinitae respectu ejusdem hominis earumdemque rerum valere possint. Intelligendum hoc autem; quando testamentum posterius, jure solemni factum est, ex mente ipsius Justiniani in *d.* §. 2. verbis, *posteriore testamento, quod jure perfectum est*, non de imperfecto clausula codicillari subnixo. Atque hinc arbitror, id apud alios universo usu invaluisse, ut nunquam ipso jure prius rumpatur per posterius, quia multi ita servant, ut inter testamenta codicillosque nihil interesse putent.

3. Hinc illud observandum: In priori testamento haeres ex asse scriptus est, in posteriori haeres ex re vel rebus certis, superius tamen testamentum sublatum esse, docet Imperator *in* §. 3. quia scilicet, rei certae mentio detrahitur et pro haerede ex asse habetur. *l.* 41. *in fin. de Vulg. et pup. subst.* Quia vero, sicut pridem monuimus, mores passim ita ferunt, ut

(a) *Pos.* 1.

rei certae institutio valeat secundum literam, et reliqua bona ad haeredes ab intestato pertineant, ratio vult, ut eo casu posterius testamentum non tollat prius, nisi quod attinet ad res in secundo testamento expresse relictas, ut Groenewegius observat ad §. 3. *d. tit Inst.* Apud nos, qui alioqui jus civile retinemus, idem juris sit oportet, quando vi clausulae codicillaris efficitur, ut dispositio de rebus certis per modum fideicommissi obtineat, per ea, quae ad *tit. I. de Codicill. in fine* dicta sunt.

4. Quid juris sit hac parte, cum duo pariter iisdem tabulis fecere testamentum, diximus *ad praedict. tit. n.* 3. *pag.* 221. ubi laudat hac parte D. Voetius *ad* §. 3. *d. tit.* ut communem jurique magis convenientem sententiam, quae a nobis *d. n.* 3. collocata est, posse alterum ignaro altero, mutare pro sua parte testamentum communi voluntate conditum. Sed addit exceptionem, *nisi communi testamento adjecta fuerit clausula de non revocando, nisi conjunctim, et non aliter*; mihi ne haec quidem exceptio admittenda videtur. Obstat enim et huic regula, quod nemo sibi ipsi possit adimere facultatem testandi mutandique voluntatem, etsi per jusjurandum, Peck. *de testam. conjug. c.* 43. *in pr.* sive autem hac limitatione, *nisi conjunctim*, sive simpliciter, ratio respectu hujus regulae est eadem. Neque vero majorem vim a conventione testantium adipisci potest, quia talis consensio repugnat naturae testamenti atque unitati contextus, ut saepius expositum est.

Quia tamen haec res inter conjuges amicosque tam fallaciter administrata, deformem habet adspectum, maxime, si utilitas liberorum communium aliarumve necessitudinum vertatur, solliciti sunt Doctores de remediis, quibus adsequi possint, ne alter altero invito, a communi testamento recedere possit.

Peckius in *lib.* 1. *de Testam conjug. cap.* 43. *n.* 5. proponit hanc rationem, ut singuli conjuges cum alterius consensu non tantum de suis, sed et de ipsius bonis (alterius qui consentiat) testentur: *Tunc enim dispositio*, inquit, *etsi revocabilis sit ex parte testantis, tamen ex parte consentientis transit in contractum et est irrevocabilis.* Putat autem ejusmodi contractum posse inferri testamento, quoniam initus est super eo, quod ad testamentum pertinet, ut disserit *num.* 7.

Enimvero talem contractum non vitiare testamentum, concedi potest, verum ut solemnis ejusmodi conventio inestur in testamento, ne inde nascatur actio e contractu, sicut debebat, inauditum neque ferendum videtur, ut jus ultimarum voluntatum actuumque inter vivos eo modo confundatur, qua de re diximus in *tit. Inst. de Testam. ordin.* Proinde ejusmodi contractus ipsi testamento insertus, non erit contractus, sed adseveratio solius testantis, quae licet jurata, nihil tamen juris tribuit alteri, sed ad solius adfirmantis conscientiam pertinet. Ideoque si tamen revocetur ejusmodi testamentum, nemo contendere potest, jus ex eo quaesitum sibi esse ademptum: viventis enim nulla fuit haereditas aut testamentum. *l.* 1. *ff. de Haered. vel act. vend.* Vix est igitur, ut hoc aliter quam extra testam. de rebus certis locum habere possit, a quo neque Peckius videtur alienus.

Quid si ante vel post testamentum factum, ineatur pactum inter conjuges de non mutando testamento, vel quo alter alteri det potestatem de suis bonis disponendi, hoccene valebit? Videbatur posse valere, quia tum cessat ratio superior, quae vetet in ipso testamento celebrari contractum; item quae dicit, nulli jus adquiri ex adseveratione solius testatoris. Nam si loca juris, quibus traditum est, neminem posse sibi ipsi adimere potestatem testandi, inspicias, hoc fundamento ea niti videbis, quia non potest fieri, ut aliquis sibi legem ponat ipse, quam servare cogatur; quo enim jure posuit legem, eodem rursus eam tollere potest. Cogendi facultas ab alio proficisci debet, qui hic non intervenit. Ita est in *l.* 22. *ff. de legat.* 3. *l.* 6. §. 2. *ff. de jur. Codicill. l.* 7. §. 8. *ff. de donat. int. vir. et ux.*

Proinde, cum in conventione inita extra testamentum alius alii devinciatur, hoc vinculo necessitas contineri videbitur, quia nimirum, ex quo semel consensus additus est, locum non habet contradictio, seu recantatio, ait Peckius ex *l. sicut.* 5. *C. de O. et A.* Nec obstare textus citatos, cum loquantur, inquam, de lege, quam sibi quisque suo solius arbitrio dixerit, non de lege duorum voluntate contracta.

Verius tamen videtur, non obstante tali pacto, testamentum posterius factum valere; quia contractus et ultimae voluntates sunt res ita separatae, ut hae per illos impediri non debeant, neque possint, adeo ut ne quidem pactis dotalibus de futura successione, testamenti factio cuiquam adimatur, *l.* 15. *C. de Pact.* nec conventio de reciproca successione valere dicatur in *l.* 19. *C. eod.* Quid autem est aliud hujusmodi pactum de non mutando testamento, quod alter in alterius favorem, vel utrique mutua gratia fecerint, quam Conventio, *ut is, qui supervixerit, alterius rebus potiatur*, quod prohibitum est *d. l.* 19? (1)

Atque haec sine dubio secundum juris civilis rationem, nisi fallor, apud nos servabuntur.

(1) *Confer hic D. Stockmans decis* 20.

Sand. *lib.* 2. *tit.* 2. *def.* 7. ubi, *Pactis haereditas non datur etc.* Sed de Pontificis rescripto quid dicemus, qui in *cap. cum tibi. XIII. de Testam.* sic ait; *qui in extremam voluntatem alterius dispositionem committit, non videtur decedere intestatus?* His verbis non indicatur pactum, quod alteri fiat potestas de nostris bonis disponendi, sed accipienda sunt de testamentaria declaratione, qua testator alteri dat potestatem sibi haeredem constituendi, vel de suis bonis disponendi; quod nec jure civili prohibitum videtur. Quid enim hoc aliud est, quam institutio haeredis incerti et postea nominandi? Quemadmodum si testator in testamento dicat: quem codicillis nominavero, is haeres esto, *l. 77. de haered. instit. l. 10. ff. de condit. inst.* non est tunc haeres institutus, nec tamen intestatus moritur paterfamilias, sed exitus docebit, utrum sit testatus an intestatus, prout haeres vel in codicillo dictus reperietur, vel desiderabitur. Eodem modo, si is, cujus voluntati nominationem haeredis testator permiserit, eam deinceps expresserit, inde ab initio testatus fuisse videbitur is, de cujus bonis agitur, alioqui intestatus. (1) Huc igitur omnia redeunt; quoties duo testatores in iisdem tabulis voluntates suas condunt, esse duo testamenta, quorum ut alterum inde ab initio valere et alterum non valere potest, ita quoque postea, singuli voluntatem suam mutare possunt, non modo superstes post obitum alterius, sed etiam alter, altero vivente et ignorante. Quae res adeo Curiae nostrae indubitata visa est, ut cum duo conjuges bina reciproca testamenta fecissent, ac mulier sola posterius conscidisset, priore salvo, vir tamen ne quidem ex priore testamento, ut rupto, ad haereditatem admissus sit, quod et in aliam quaestionem incidit, quae ad *tit. sequ.* occurret, *in causa Nicolai Wiggeri contra Gerryt Jans d.* 16. Jul. 1638. apud Nautam.

Quid vero tandem, si poenam ab se invicem stipulentur extra testamentum, hoc modo, *si testamentum mutaveris, mille aureos mihi haeredibusve meis dare spondes? Spondeo.* Nunquid adeo derogatio voluntatis improbi moris videbitur, ut haec rei illicitae stipulatio dicenda sit? Non putem, originalis enim ratio, quod illa derogatio non valeat, est, quia, si contra fiat, nemo est, qui ex priori contraria voluntate jus sibi vindicare possit; juri vero gentium bonisve moribus nihil adversi in hac re continetur. Imo pium honestumque videtur, ut conjuges amicique ultimarum voluntatum communionem ineuntes, se mutuo securos bonae fidei reddant Dicendum igitur, hujusmodi stipulationem efficere quidem non posse, quin testamentum postea conditum valeat, etsi convenerit, ne testamentum fieret, ut superius expositum est; sed quoniam poena pecuniaria in stipulationem deducta valeat hac gratia, nihil obstare videri, et dabitur actio: Manet igitur jure nostro, quod testamentum posterius rumpat prius, ipso jure, licet in posteriori non sit adjecta clausula derogationis, per quam prius aboletur.

5. Sed in foro nota est duplex clausula Derogativa; prima est ea, quam diximus, et quae posteriori testamento inseritur; altera primo testamento adjicitur hoc animo, ut vim secuturi testamenti infringat; dicente Testatore, *si contingat, me posthac aliud condere testamentum, id jam nunc praedico atque declaro me nolle valere, sed hoc testamento defungi cupio.* Quaeritur, an si postea novum conditum reperiatur, id valeat, an vitiosum sit vi derogationis praecedentis. Hac de re diximus ad *praed: tit. Inst.* Et tamen quia res magni usus et momenti est, placet paulo pressius agere.

Primo inter omnes constat, eam clausulam non adimere testatori liberam potestatem mutandi testamentum; Id enim juris auctoritati penitus adversum esse, jam comprobatum, et scriptum in l. 6. §. 2. *ff. de Jur. Codic. l. 4. ff. de Adim. legat. l. 22. ff. de legat.* 3.

Sed hic ultimus textus dedit occasionem Doctorum scholae, quam fori nostri praxis ut plurimum sequitur, statuendi, posterius testamentum non rumpere testamentum prius, in quo est superior clausula derogatoria, nisi in posteriori illud prius cum sua clausula diserte ac specialiter revocetur; idque *invita Romana jurisprudentia reluctante ratione, et decisionibus Curiarum dissidentibus,* verba sunt D. Voetii *ad* §. 3. *Inst. Quib. mod. testam. inf.* Videamus, adeone ea traditio Doctorum toto caelo aberret, ut nulla probabili occasione profluxerit ex jure Justiniani, quemadmodum pleraque eorum commenta e textibus rationibusve juris aliquando male perceptis derivata videmus.

Non est dubium, quin haec opinio desumptae sit *ex l. 22. in pr. ff. de Legat.* 3. ubi sic

(1) *Sed testamentaria declaratio, qua testator alteri dat facultatem sibi haeredem constituendi, vitiosa est, et jure civili improbata.* l. 32. pr. ff. de haered. instit. *Et aliud esse haeredem postea nominandum vel in codicillis scribendum instituere, satis constat, cum in hoc casu inveniatur dispositio testatoris relative ad aliud, in illo vero tota dispositio alieno arbitrio sit permissa. Rescriptum Pontificis in* cap. 13. X. de testam. *ad Episcopum Altissiodorensem (qui ex indulto Pontificio ordinationem rerum Clericorum ab intestato decedentium libere in sua potestate et dispositione habebat) non de bonis Clericorum* patrimonialibus *intelligi debet, sed unice ad* adquaestus ecclesiasticos *pertinet, de quibus Clerici tantum* pro anima *disponere poterant, quam dispositionem* pro anima *in alterius voluntatem conferri posse, rescribit Pontifex, ut tertius determinet, in quam piam causam bona sint eroganda.*

est scriptum; *Si quis in principio testamenti adscripserit, cui bis legavero, semel deberi volo: postea eodem testamento vel codicillis sciens saepe eidem legaverit, suprema voluntas potior habetur; Nemo enim eam sibi potest legem dicere, ut a priore ei recedere non liceat.*

Hactenus convenienter receptae doctrinae, voluntatem hominis ambulatoriam esse, praevalere semper ultimum arbitrium, etsi praedixerit testato, id se nolle valere; modo sciens volens postea secus disposuerit, ut heic ponitur, eademque ratio est in *l. ult. in pr. ff. de legat.* 2. Contra quam in *l.* 14. *de leg.* 1. ubi priora verba vim adimendi habere dicuntur, sed non additur, *scientem* postea bis legavisse.

At. in *d. l.* 22. *princ.* sequuntur haec verba; *sed hoc ita locum habebit, si specialiter dixerit, prioris voluntatis sibi paenituisse, et voluisse, ut legatarius plura legata accipiat.*

In his verbis manifeste continetur illa sententia Doctorum, derogationem anticipatam voluntatis secuturae, hanc infirmare, nisi illa derogatio deinde specialiter revocata fuerit; posse revocari, manet extra controversiam; sola voluntatis quaestio *est*, an cum testator praedixerit, se nolle valere, quod deinceps testabitur, et dein fecerit testamentum, hoccene tum valeat; an fiat quod predixit, *ut* non valeat.

Momentum rei in hoc vertitur, utrum serio recesserit a priori voluntat*e*, vel non, et unde liquere debeat, eum serio mutasse voluntatem priorem? Quod serio recessisse debeat, aeque dubio caret. Id enim ex verbo *scientem in d. l.* 22. et ex collatione *d. l.* 14. *de legat.* 1. *et l. ult. in pr. de legat.* 2. satis apparet, et omnibus in confesso est. Proinde, si non mutaverit voluntatem testator, derogatio prior retinet abrogandi vim ac potestatem.

Superest, unde liquere debeat mutatio voluntatis. Verba postrema *legis* 22. volunt eam mutationem diserte in testamento exprimendam esse: Alii sufficere putant, si mutatio vel extrinsecus appareat, et e dictis factisque testatoris quibuslibet intelligi probarique possit.

Doctores pragmatici communiter secundum verba *d. l.* 22. concludunt, ut Sandius testatur *lib.* 4. *tit.* 1. *def.* 10. *Communiter, ait, Doctoribus placuit clausulam derogatoriam insertam priori testamento, facere, ne valeat testamentum subsequens, nisi mentio facta sit prioris testamenti, illudque expressim revocetur; praesertim, si clausula derogatoria habeat aliquam specialem formam*, in quem usum affectant vulgo illi clausulae inserere nescio quos versiculos, et cavere, nisi isti versiculi postremo testamento inserti reperiantur, non debere posterius illud valere.

Quando tamen rationes expenduntur, quibus moti Doctores ita sentiunt, intelligimus, eas niti *praesumptione* juris, *quod secundum testamentum, in quo non sit illi clausulae sufficienter derogatum: ad suggestionem alterius confectum sit potius, quam ex voluntate Testatoris, qui hoc fecisse videtur, ut se liberaret ab importunis sollicitationibus, suasionibus, blanditiis, vel minis eorum, quibus resistere non potuit*, ut ibidem Sandius.

Unde videtur dicendum, si aliunde quam e verbis *testamenti*, possit doceri, *testatorem* posterius testamentum omnino voluisse effectum habere, tum etiam cessare praesumptionem, et consequenter sustinendum esse posterius testamentum, licet in *eo* nulla sit mentio facta clausulae prioris derogatoriae.

Hoc etiam fundamento nititur id, quod Doctores volunt, si decennium sit elapsum inter prius *testamentum*, quod habet clausulam derogationis, et posterius, indistincte posterius effectum habere, quia post tantum temporis spatium credi debet, cessare causam, qua Testator motus fuerat, ad clausulam derogantem priori testamento adjungendam, ne videlicet ad testandum nolens volens adigeretur; praeter quod etiam tanto intervallo non potest statui, Testatorem adhuc meminisse clausulae, quam olim ultimae voluntati suae adjecerat. Grassus §. *testam. qu.* 89.

Huic interpretationi, quae media videtur nihil obstat, nisi *textus* in *d. l.* 22. quae requirit specialem revocationem ipsi testamento insertam: Cujacius *lib.* 14. *observat. c.* 7. disputat haud de nihilo, verba illa postrema, quibus revocatio specialis inculcatur, non esse ab Hermogeniano, auctore legis ejus, sed a Triboniano; quod equidem haud gravate concesserim, *ἡ λαλιά γάρ αὐτὸν δηλοῖ*, sermo ipse loquitur, eam laciniam non esse tersi *illius* Hermogeniani, sed Graeculi semilatini.

Verum quid haec ratio diversitatis ad ipsum controversiae momentum inferat, non animadverto; siquidem Justinianus Pandectas singulaque capita, sicut ei a Triboniano oblata sunt, approbavit; legesque non Hermogeniani, Pauli Ulpiani, aliorumque sunt Jureconsultorum, sed ipsius Justiniani, qui cuncta sua fecit, nominibus Auctorum solummodo praefixis, ut ne quid eorum laudi detraheretur. *Constit. Tanta* §. 1. *et* 10. Adeo ut observatio illa, quid a Triboniano interpolatum *sit*, quid non, philologica potius et historica sit, quam ut diversitatem definitionibus sententiarum juris inferre queat.

Videndum igitur, an ipsa lex, *ὡς νῦν κεῖται*, ut *jam posita* est, praecise requirat, ut clausula derogandi in sequenti testamento specialiter revocetur; quod non puto; quia non loquitur de duobus testamentis, sed de casu, quo testator

in eodem testamonto dixerat primo, cui bis legaret, huic semel praestitum iri, momento temporis non potest credi mutata voluntas, nisi expresse revocata sint verba derogatoria priora. Non est eadem ratio in diversis testamentis, verum ibi facilius praesumitur mutatio voluntatis ex alio atque alio testandi actu et interjecto temporis spatio.

Quare, cum hic textus aperte agat de clausula derogante secutaque voluntate contraria in iisdem testamenti tabulis; et nos agamus de pari specie facti, quod diversis testamentis evenerit, nihil obstat, quominus in nostro casu contenti simus jure communi, quod ita dictat: si quis legem sibi dixerit in futurum, eum ab hac lege posse recedere, modo novam voluntatem contrariam sciens volens condiderit, eaque mutatio voluntatis quovis modo probetur, ut Hermogenianus in *d. l.* 22. non interpolatus loquitur, et indicat *lex ult. pr. ff. de legat.* 2. *cum l.* 6. §. 2. *ff. de jur. Codic.*

Neque ab hoc intellectu sententiae illius, fori nostri observatio abludit; quatenus non absolute clausula derogatoria posterius testamentum, in quo revocata non est, infirmat, sed facti circumstantiae diligenter expenduntur; neque adhuc decisionis exemplum, quod audiverim, extat, ubi clausulae vis in futurum asserta fuerit, in quo non aliunde probatum erat, semipleno saltem, testatorem ideo clausulam adjecisse, quod praevideret, se a conjuge aut ab aliis hominibus necessariis importune sollicitatum iri, contra animi sui sententiam, quo modo exemplum illud a Sandio relatum se habuit, et rursus aliud, me apud Curiam agente, definitum inter *Joh. a Balk cum soc. contra Remerum Antonii d.* 13. *Dec.* 1680. quod retuli in Jurispr. verosc. *part.* 1. *lib.* 2. *c.* 20. *n.* 31.

Memini quoque, ubi testamentum posterius approbatum fuit, etsi clausula derogatoria prior in eo non esset memorata, nedum revocata, sed probatum erat, idque non plene tamen, dixisse testatricem se nolle, ut priores heredes successione sua potirentur, et praeterea decennium, de quo ad *Inst.* a priore testamento, quod erat munitum derogativa clausula, elapsum erat; tametsi rursum codicillus, interea temporis priori testamento conformis fuerat compositus, *in causa Everardi Bornaei etc. contra... ab Hinkena cum soc. anno* 1669.

6. Sequebatur, quo pacto testamentum fiat irritum. Id accidit capitis diminutione maxima, media, minima. §. 4. *et seq. Inst. h. t.* Cum vero dictum sit pridem, capitis diminutiones abolitas esse moribus nostris, palam videtur, testamenta quoque non posse ex hoc capite irrita fieri. Est tamen ut ne absolute id affirmare liceat; videntur enim vestigia quaedam capitis diminutionis etiamnum remansisse, apud nos sane, et omnium quidem specierum, quod hanc rem attineat.

Primo de minima diminutione capitis exemplum est, si quis adolescens sui juris, facto testamento, dederit se arrogandum, hujus testamentum hodieque nostro jure fit irritum, quia filiusfam. non potest decedere cum testamento, ut probavimus *in tit. Quib. non est permiss. fac. testam.* et arrogationem non esse obsoletam probavimus *ad fin. tit. Inst. de Adoption.*

Maximam olim capitis damnati patiebantur, *l.* 29. *ff. de poen.* hodie quidem servitus poenae, ita ut olim, nulla intelligitur, *Nov.* 22. *c.* 8. sed tamen capitis damnatos hodieque testamenti factionem amittere probavimus, * *ad tit. Inst. Quib. non lic. test. fac. sub fin.* An ergo et per sententiam testamenta eorum pridem facta infirmantur? Ita jure antiquo sine dubio. *l.* 6. §. 5. *et seqq. ff. de injust. rupt. irr. test.* Et supra diximus, etsi rationes, quas propter damnati capitis, olim jure faciendi testamenta carebant, hodie cessent, ipso quoque jure Novellarum, scilicet publicatio bonorum et servitus poenae; tamen eandem prohibitionem in gratiam propinquorum adhuc continuari.

Consequenter, si in eum statum devenerit Testator, ut propter damnationem capitalem non possit facere testamentum, id quod antea fecit etiam interire necesse est, per *d. l.* 6. §. 5. *et seqq.* accedente eadem ratione, quam in non faciendo valere diximus, quod publicatio bonorum, *Nov.* 134. *c. ult.* remissa sit in gratiam proximorum, ut ad eos bona pervenirent, cum quo sine dubio libera testamenti factio non congruit.

Mediae capitis diminutionis exemplum adhuc esse videtur, si quis hostis patriae sit declaratus. *l.* 5. §. 1. *ff. de Cap. min.* Idoque talis hominis testamentum antea factum perinde sit irritum. *d. l.* 6. §. 5. *et seq. h. t.* Idem de proscripto, qui omnium ictibus expositus et per Edictum libere ab omnibus occidi permissus est, si hanc non potius ad maximam capitis diminutionem referamus, siquidem pro mortuo haberi videtur. De revocatione testamenti, nullo novo condito, prolixe disputatum est *ad d. tit. Inst. num.* 9. *et seqq.*

* At Jure Saxonum eis jus testandi non ademptum censeri, supra dixi *P. I. p.* 58. ab *p.* 3. *C. El.* 6. nisi bona scilicet fisco addicantur. *d. C. §. So constitui ren.* ibique Carpz. *def.* 1. *sq.* In crimine tamen haereseos, apostasiae et veneficii testamenti factionem damnatis denegat Cater. *p.* 1. *dec.* 34. *n.* 6. *sq.* J. Richter. *dec.* 17. *j. l.* 4. §. 5. *C. de haeret. l.* 3. et *l.* 4. *C. de Apostat.*

(b) Postremo placet addere duas observationes; prima haec est; quanquam prius testamentum scriptum sine dubio rumpitur per posterius nuncupatum, §. 2. *Inst. Quib. mod. testam. infirm.* ei tamen in posteriore nuncupativo Princeps aut aliquis e potentioribus haeres sit datus, non rumpitur prius. *l.* 20. *C de Testam.* Magis ἀπροσδόκητον hoc est, quod Testamentum parentis inter liberos per posterius rumpi non potest nisi solemniter factum et prius expresse revocatum sit, *Nov.* 107. c. 2. tametsi prius solemne per posterius jure privilegiato factum alioqui rumpetur. *l.* 2. *h. t. V. l.* 36. §. *ult. de Testam. mil.*

T I T. IV.

DE HIS, QUAE IN TESTAMENTO DELENTUR, INDUCUNTUR, VEL INSCRIBUNTUR.

I. Philologia verborum. II. Quid juris, si delutio inconsulto sit facta, ad l. 1. §. 1. h. *III. Verus ejus sensus. IV. De duobus testamentis uno exemplo factis quaestio. V. Alia super iisdem. VI. Quid juris, si posteriore testamento abolito, prius adhuc extet. VIII. Duo in hanc rem exempla rei judicatae.*

Sicut voluntate Testatoris expressa, sic etiam reali tacitaque revocantur Testamenta; quod fit delendo, inducendo, *Rubr. h.* cancellando, *l.* 2. inscribendo, concidendo, signave turbando. *l.* 22. §. 3. *Qui testam fac.* Delere est *delinere*, unde contracta vox, idque fit stylo, ut videtur, acuto. Inducere, est inversum stylum imprimere scripturae; quanquam et acuto fieri potest, quod aliter et proprie est *perducere. l.* 1. *fin. pr. h.* Cancellare est per latam scripturam ducere lineas, quasi cancellos. Inscribere, idem, nisi fallor, est, quod *superscribere in l.* 1. §. 1. *in fin. h* ubi superscripsit Testator, se adimere quod scriptum. Sueton. *in Nerone sub fin.* de carminibus Neronianis autographis; *Ita*, inquit, *multa et deleta et inducta et superscripta inerant*; Eadem triga verborum, quae est in hac Rubrica, nisi quod pro *inscribuntur*, ille habet *superscrib*. Hae inscriptiones rursus induci poterant, quae *superinductiones*, ut puto, vocantur, in *d. l.* 1. §. 1. *h.* Concíditur etiam quod *inciditur l. ult. tit. praeced.* quin imo, si linum, quo ligatae sunt tabulae, incisum sit, testamentum vitiatur, *l.* 1. §. *pen. de Bon. Poss. sec. tab.* quod noli putare his diebus habere locum Suetonius refert, tempore Claudii contra falsarios repertum, ne tabulae nisi pertusae ac ter lino per foramina trajecto obsignarentur, ut ipsum linum signo contineretur, nec legi testamentum posset, nisi lino inciso ruptisque signis. *l.* 28 §. 1. *de Libur. leg.* Quod a moribus nostris alienum esse omnibus constet. *in vita Claud.*

2. (a) Haec omnia et singula vitiant testamentum, si consulto facta sint a Testatore. Si inconsulto evenerint, nihil nocent. *l.* 1. §. 1. *h. d. l* 1. §. *pen. de b. p. sec. t.* Proinde si Testator mente captus tabulas inciderit aut scripta deleverit, non ideo minus adiri potest haereditas ab his, qui scripti sunt haeredes, *l. ult. de Injust. rupt. irr. f. testam.* modo legi possint; nam quae legi nequeunt, perinde habentur, ac si non essent. *l.* 1. *in pr. h. Legi autem sic accipiendum, non intelligi, sed oculis perspici, quae sunt scripta. Caeterum, si extrinsecus intelliguntur, non videbuntur Legi posse.* Quid hoc, *si extrinsecus intelligantur*, an ea non debentur? *Imo etsi totum testamentum* legi non possit, imo *etsi non extet, tamen constat valere omnia, quae in eo scripta sunt.* §. 3. *d. l.* 1. Unde, nisi extrinsecus intellectum sit, quod in eo relictum fuerit? Non potest hoc aliter. Quid est igitur illud *extrinsecus*? Gothofredus nihil habet nisi regulam. *Legi posse quod oculis perspici potest*, quod scire juvet, videlicet. Basilici diserte habent contrarium. Sic ajunt; Τότε δὲ ἀπαιτοῦνται, ὅτε θεωρεῖσθαι καὶ ἀναγινώσκεσθαι δύνανται ἢ ἀποδειχθῆναι δύνανται, κἂν μὴ ἀναγινώσκωνται. *Tum relicta peti possunt, quando perspici et legi possunt, aut quando probari possunt, etsi legi nequeant.* Probatio ejus, quod legi non potest in testamento, *extrinsecus* peti debet; hoc est, aliunde quam ex testamento. Ita, *si extrinsecus suspendatur Legatum, non ex ipso testamento l.* 6. §. 1. *D. Quando Dies Leg ced. Alibi, in causa, quae agebatur, aliquid pronunciatum sit, an quaedam extrinsecus. l.* 13. §. 6. *de His, qui infam.* ut passim *alibi.* Sed intellectum *extrinsecus* advenientem repudiat Ulpianus in hac *l.* 1. §. 1. Basilici interpretes probent, admittendam esse probationem *extrinsecus*, hoc modo, Ἐπειδὴ ἡ διαθήκη εἰ καὶ μὴ φαίνεται, ἔρρωνται τὰ ἐν αὐτῇ ἑτέρωθι δεικνύμενα. *Quoniam etsi testamentum*

(b) *Pos.* 4. *et* 5. (e) *Pos.* 1. 2. *et* 4.

non extet, in eo relicta valent, si aliunde probantur, quod petitum ex *d.* §. 3. quibus Basilici ostendunt non esse interpretes se κατὰ πόδας, sed glossatores, vel potius emendatores suo arbitratu: nam glossa debet explicare non corrigere quod positum est. Azo in *gl. ad h. t.* τῷ *extrinsecus*, ita exponit; *Alicujus ingenio vel subtilitate, non ex ipsa litera, nec ex vi ipsius literae, sed ex his fortè, quae procedunt in testamento vel quae sequuntur.* At hoc non est *extrinsecus*, colligere ex ipso testamento, quid in uno ejus loco scriptum est.

3. Videamus, an non ita potius; Quae inconsulto deleta sunt ante consumationem testamenti, ea si legi nequeant, non debentur, *d. l.* 1. §. 2. etsi aliunde, velut ex protocollo sive *minuto*; ex quo testator ipsum testamentum scripsit aut scribi jussit, vel testibus probari possit, quale id fuerit, quod deletum est; quia, si voluisset hoc valere Testator, alio loco rescripsisset, quo non facto, videtur in eo, quod inconsulto factum erat, acquievisse. Quare ea, quae deleta sunt inconsulto, post consummatum testamentum valebunt, ut Basilici tradunt, nec ipse non Ulpianus, si aliunde probari aut intelligi possunt, utique si certo et exploratos quemadmodum etiam τὸ *inconsulto* sine dubio constare debet: Nam alioqui in dubio praesumendum videtur, ea, quae deleta reperiuntur, a Testatore fuisse deleta, si tabulae in ipsius manibus fuerint: Nam prout alioqui praesumptiones variant, huic aut illi probatio incumbet, secundum ea, quae de praesumptionibus dicta sunt *ad tit. de Probat. et praesumpt. n.* 14. *sequ.* De hac etiam positione, quae est in *d. l.* 1. §. 3. *Si totum testamentum non extet valere tamen, quae in eo scripta sunt*, quam difficulter usum habere possit, egimus ad *tit. de Fid. instrum. n.* 30. Porro quod vulgo dicitur, utile per inutile non vitiari, nullibi quam heic evidentius usu venit; quia tantum ea quae inducta sunt, valere desinunt, reliqua nihilominus debentur; Adeo ut si vel haeredis nomen sit deletum, reliqua tamen subsistant, ut docet memorabile decretum Caesaris Antonini in *l.* 3. *h. t.*

4. (b) Supersunt duae tresve Quaestiones. Prima, si ex duobus testamentis uno tempore unoque tenore compositis, ab iisdem testibus signatis, alterum sit abolitum, haereditas ab iis, qui in eo quod superest scripti sunt, nihilominus peti potest; nisi constet, hoc animo abolitionem a Testatore esse factam, ut intestatus moreretur, *l. ult. h.* quod ab actoribus probandum, vel potius ab iis, *qui ab intestato venire desiderant*, ut habet textus in *d. l. ult.* et a Thomasio in *Schol. ad posit.* 3. *h. t.* animadversum est. Familius autem praesumetur adimendi animus, si peregre absens aut alias non nisi alterum e duobus exemplis in potestate habens, hoc quod habebat, aboleverit. Forte ejusmodi casu praesumptio erit pro ademptione; secus ac in *d. l. ult.* ubi Testator ex pluribus ejusdem exempli tabulis in publico depositis quasdam abstulit atque delevit; cum in iis, quas relinquebat, rem gestam declarari non ignoraret. In quam rem confer sis ea, quae diximus ad *tit. de Pact. pag.* 141.

5. Quid vero si qua inter duas ejusdem exempli tabulas sit discrepantia, ut accidit in testamento Viri Amplissimi *Guilielmi a Velsen* Quaestoris Frisiae Generalis, qui testamentum duobus exemplis, utroque authentico fecerat, *d.* 5. *Septemb.* 1679. inter quae nullum erat discrimen, nisi quod legatum eidem personae in uno exemplari relictum erat centum coronatorum nostratium, qui faciunt ducentos florenos, in altero centum imperialium, qui faciunt 250. florenos. Consultus sum, utrumque, an alterutrum, et utrum deberetur. Respondi, unum modo legatum deberi, cum ex alterutro dumtaxat agi possit, videri autem honoratum agere posse ex utro velit, ideoque centum imperiales deberi. *arg. d. l. ult.* Sed vide *l.* 47. *de Legat.* 2.

6. Tertia Quaestio est, si testator duo fecerit testamenta diversis temporibus, et posterius aboleverit, an prius convalescat? Hac de re textus est in *l. pen.* §. 2. *de Bon. poss. sec. tab.* ubi primo docet JCtus, si post testamentum factum Titius arrogatus, dein sui juris iterum factus *codicillis aut aliis literis, eodem testamento se mori velle declaraverit, voluntatem, quae defecerat, judicio recenti rediisse intelligi*: mox subjicit, *non secus, ac si quis aliud testamentum fecisset ac supremas tabulas incidisset, ut priores supremas relinqueret.* In quibus verbis est haec doctrina, quod ad hoc quaesitum attinet: Qui duobus factis testamentis, posterius abolevit, ad prius rediisse videtur, si hanc mentem suam expresserit, ut prius valeret. Opponitur; *Atqui nuda voluntate testamentum prius*, quod ipso jure per posterius fuit sublatum, *non potest restitui*; quod argumentum occupat his verbis; *Nec putaverit quisquam, nuda voluntate constitui testamentum*. Responsio est in sequentibus. *Non enim de jure testamenti maxime quaeritur, sed de viribus exceptionis, quae in hoc judicio, quanquam actori opponatur, ex persona tamen ejus, qui opponit, aestimatur.* Negatur, inquit, nuda voluntate testamentum hac via constitui. Haeres primo scriptus agit quidem ex testamento priore, Possessor autem excipit; est aliud testamentum

(b) *Pos.* 3.

recentius, quo prius fuit sublatum. *Replicat actor*, haec exceptio nullam habet vim, quia testamentum posterius est abolitum, ut prius valeret. *Duplicatio* rei, est quidem abolitum, sed non ea mente, ut prius valeret, quod ideo sublatum manet. Hinc oritur κρίσις, unde pendet momentum causae; *Sitne posterius simpliciter abolitum, an ut prius valeret.* De hoc est disputatio, de viribus, inquam, exceptionis, non proprie et directe, an testamentum nuda voluntate constituatur. Quando igitur abolitio posterioris simpliciter est facta, sine tali significatione voluntatis ad valorem prioris, non potest fieri, quin prius sicut est, ita maneat ruptum, quemadmodum et in aliis rebus, quod semel extinctum est, sine nova causa non reviviscit, ut in *l.* 30. *in pr. de S. U. P.* modo tam certa res sit, testamentum posterius jure fuisse factum, quod liquido constare vix potest, nisi tabulae etiamnunque cancellatae aut incisae adhuc extent atque ob oculos versentur, ut in specie *d. l. pen.* §. 2. Proinde, si penitus abolitae sint tabulae, difficile est aliud statuere, quam prius testamentum valere; nisi posterius fuerit nuncupatum et testibus praelectum, ut de omni ejus argumento testari queant.

7. Hoc spectant duae decisiones in nostra Curia notabiles, quas heic adjiciam. Cajus et Caja conjuges fecerunt testamenta reciproca duo diversa. Caja mortua, posterius repertum est ab illa incisum, prius adhuc integrum sine ulla alia significatione voluntatis ipsius. Curia judicavit, Cajam decessisse intestatam, posteriore testamento abolito, sine ulla confirmatione prioris, quod per aliud jure factum apparebat sublatum. Nauta relator decisionis in utroque testamento refert idem fuisse, quod mulieri causam rescindendi praebuisset; Verum in ipso processu, quem totum perlegi, nihil ejusmodi commemoratur, nec etiam in relatione examinis, quod in dorso scriptum est, quo maritus super historiam incisionis factae nobili Curiae officio, interrogatus fuerat: Ut ab illo singulari facto meritum decisionis nullo modo pendeat, *in causa Nicolai Wiggeri, contra Gerardum Joannis d.* 16 *Jul.* 1638. Alterum exemplum hoc est. Titius et Titia conjuges Leovardienses cauponaria exercita locupletati, duo reciproca condiderant testamenta, quorum posterius vir aegrotans coram sorore sua, ab uxore repetierat, vocato ad eum actum Tabulario, qui testamentum scripserat, inque ignem conjici jussit, nihil addens de priore Testamento. Mortuo Titio, uxor prius testamentum, in quo haeres erat scripta, protulit, ex eoque haereditatem adiit. Sorores ab intestato petentes repulsam tulerunt, ideo, ut videtur, quod posteriore testamento igne consumpto, non constaret, an hoc jure factum, etsi Notarius artis suae egregie peritus nihil vitii adfuisse testaretur, hoc tamen adeo prô certo haberi non poterat, ut ideo quod erat ob oculos perfectum, irritum haberetur. Habuisse Testatorem hunc animum, ut prius convalesceret, jactabatur quidem, sed probatum non erat; *In causa Elska ende Rykjen Simons, contra G. J. anno* 1682.

TIT. V.

DE HAEREDIBUS INSTITUENDIS.

I. An testamentum sine haeredis institutione valeat. II. De personis haeredum remissio et pauca singularia. III. De Haereticis. IV. Specialiter de Pontificiis et de liberis perduellium. V. Comment. ad Edictum Caroli V. VI. An Regula Juris, quod nemo testatus ac intestatus pariter mori possit, hodieque obtineat. VII. Quid juris sit, haeredibus ex certis rebus institutis. VIII. An haeres ex re certa jus habeat accrescendi. IX. Circa haeredem ex usufructu observationes. X. Species l. 13. D. de Liber. et postb. haered. inst. vel exhaered. *XI. De Institutione captatoria.*

Basis et fundamentum Testamenti est Haeredis institutio, §. 34. *Inst. de Legat.* sine qua testamentum non potest valere, teste Calpurnio Longino advocato Fisci in *l.* 3. §. *ff. de his, quae in test. del.* Sed *moribus hodiernis valere testamentum, in quo omissa est haeredis institutio*, citatis numero multo auctoribus scribit D. Voetius *Comment. ad h. Inst. t.* §. 4. *n.* 2. Quin etiam apud nos invaluit, ejusmodi scripturam instar testamenti sine haeredis institutione compositam, in dubio praesumi esse codicillum, ideoque in eo contenta ab haerede legitimo esse implenda, licet testator eam voluntatem appellaverit Testamentum. Quod tantundem est, ac si diceres, Testamentum sine haeredis institutione scriptum non esse quidem testamentum, sed tamen valere et effectum habere *indirecte*. Nititur haec sententia falso fundamento, hoc uno, *quod testamentum largo sumpto vocabulo, sub se Codicillos comprehendat.* Quod post Auctores a Sandio productos etiam docet D. Schotanus in *exam. ad tit. ff. Qui testam.*

fac. in pr. Probant id primo ex definitione testamenti, *quod sit voluntatis nostrae justa sententia, de eo, quod quis post mortem suam fieri velit, in l. 1. d. tit.* Quasi Jurisconsulti in ipsa definitione jus testamenti confundere voluissent cum codicillis, a quo sunt alienissimi. §. 2. *Inst. de Codicill.* Justa sententia significat solemnibus legum requisitis conformem, *arg. rubr. et l.* 1. *ff. de injust. irr. test* cujusmodi sensus non convenit Codicillo. Adducit praeterea *l.* 2. §. 1. *ff. Quemadm. testam. aper. l* 1. §. 2. *et seqq. ff. de Tab. exhib.* Ex quibus id nequaquam probatur. Absit, ut tam enormis confusio, Juris antiqui conditoribus adscribatur, quae si procedat, nullam vim habet haec regula, *quod haeredis institutio sit basis et fundamentum testamenti.* Tamen hic error, ut saepe fit, jus fecisse videtur, ut aliquoties apud Supremam hujus *quoque* Provinciae Curiam ex ejusmodi ultimis voluntatibus jus dictum sit, quae testamenta dicebantur in ipsis tabulis et habebant septem testes aliaque testamentis consueta, ut sine ulla haeredis institutione, semel apud Sandium *l.* 4. *tit.* 1. *def.* 12. Rursus mea memoria, in causa *Tjallingi de Canistra in qualit. cum soc. contra Edonem ab Eyssinga cum soc.* Tertium, in causa *Rinse Abes cum soc. contra Teye Idses*, etsi ne clausula quidem codicillaris esset adjecta *ante fer. Pasch.* 1681.

2. (s) Quae praeterea ad argomentum hujus Rubricae pertinent, ad tres articulos ex ejusdem tituli Institut. exegesi notos referuntur. Ad personas, ad res et ad modum instituendi. De personis absolvimus ad Inst. quibus hic addemus has positiones; Error in persona vitiat haeredis institutionem, si quis volens Titium instituere, Cajum scripserit, *l.* 9. *pr. h. t.* Verum si de persona constet, error autem in nomine solo fuerit, nec illud nomen alii personae conveniat, nominis error non magis vitiabit institutionem, quam Legatum. §. 29. *Inst. de Legat.* Quod si ut filium quis scripserit haeredem, qui dein non esse filius probatur, institutio nulla est. *l.* 3. *et l.* 4. *C. de haered. instit.* Institutio sine nomine valet, modo indubitabili signo haeres sit demonstratus, et quidem tali, quod non contumeliae causa sit additum. *l.* 9. §. 8. *h. t.* Et tamen si pater dicat; filius meus *impiissimus, male de me meritus*, ea verba non vitiant institutionem, quia monendi causa adjecta creduntur. *l.* 48. §. 1. *h. t.* Multo minus, si dicat Pater, filius meus, asinus ad lyram, ut est apud Gell. 3. *noct. Act. C.* 16. Tales enim asini pecunia maxime egent, quomodo Crates filios, si fatui essent, instituerat, si saperent, in pios usus sua bona distribuebat. (1)

3. Porro Haeretici et Apostatae Jure civili non possunt etiam haeredes institui, sicut nec facere testamenta. *l.* 4. §. 2. *et l.* 5. *C. de Haeret. l.* 3. *C. de Apostat.* Haereticorum autem vocabulo continentur, *qui levi argumento a judicio catholicae religionis et tramite detecti fuerint deviare*, ut Imperatores Gratianus, Valentinianus et Theodosius definiunt *in l.* 2. *C. de Haeret.* §. 1. Tam rigidi non sunt mores nostri, nec in haereticis definiendis, nec in poenis infligendis. Sane testamenti factio activa vel passiva religionibus non distinguitur, singularum utique personarum respectu; In collegiis secus est; haec enim jure personarum non fruuntur, nisi permissa legibus et recepta publice. *l.* 1. *et l.* 3. *et t. tit. ff. de Colleg. et corp.* Ne quidem pauperibus haereticorum haereditates aut legata relinqui posse, diximus ad *tit. Quod cujusque univers. nom. n.* 3. ubi et distinctio inter Collegia Religionum prohibita, permissa, tolerata; quae ad hunc locum pro repetitis habenda sunt. Quid tamen adversus eos, qui capita Christianis omnibus credita, de Christo aeterno Deo et Spiritu Sancto, de solutione Christi pro peccatis mundi, similisque praefracte negant, in contradictorio statuendum foret, non habeo adseverare. Credo tamen nostrates in hac sententia esse, rerum divinarum persuasionem nihil commune habere cum adquisitionibus rerum et usu commerciorum, quae fiunt inter vivos et mortis causa.

4. Pontificii soli, quia minus creduntur amici esse praesenti statui Reipubl. et acrius in dissentientes animantur, et inprimis ne superstitione ducti ad exteros, quibus fere dedunt animarum cultum, bona transmittant, paulo diligentius circumscripti sunt, placito Ordinum *d.* 10. *Decembris* 1655. (2) quo prohibetur, ne quis testamento disponat in favorem personarum sive marium seu feminarum, quae ulla professione Ecclesiastica Pontificiae religioni devinctae sunt; *geestelyke, kloppen, Nonnen of andere Paus gesinde geordende personen.* Si fiat, dispositio nulla declaratur, decernitque, bona pertinere

(s) *Pos.* 1. 4. 5. 6. 7. *et* 8.

(1) *De turpi et contumeliosa demonstratione agit Vir Celeberrimus Josephus Averanius* interpret. jur. lib. 5. cap. 13.

(2) *Pontificios non minus quam Reformatos Rempublicam fundasse, tum Historiae Belgicae, tum pactiones utrinque initae satis testantur, adeoque non est cur minus credantur amici esse praesenti statui Reipublicae. Sciunt quoque se ex praecepto Apostoli ad* Rom. cap. 13. v. 1. et seqq. *Magistratibus subjectos esse debere. Quod si magis amici haberentur, ingens forte commodum exinde Respublica sentiret.*

ad eos, qui secundum jus et mores Frisiae in causa mortis ad ea jus habere deprehenduntur, *aen de gene die nae kostume en rechten van den Lande, by versterf, daer toe souden mogen wesen gerechtigt.* Hinc quaesitum est, si legata relinquantur ejusmodi Pontificiis hominibus professis, utrum ea maneant penes haeredem scriptum, an ad haeredes ab intestato pertineant. Dixerim, penes haeredes scriptos remanere; quia sic jure communi cautum est, legata, quae personis palam incapacibus relinquuntur, penes haeredem scriptum manere, si testamentum existat; deficiente testamento, ad haeredem ab intestato, *l.* 3. *in pr. ff. de His, quae pro non script.* nec enim haeres legitimus quidquam juris habet, ubi extat vel speratur haeres e testamento. *l.* 39. *ff. de Adquir. haered.* Nec obstant verba superius posita, quia non nisi generalia et ad dispositionem juris communis relativa sunt. Testamentaria successio non minus juri moribusque Provinciae consentanea est, quam utique legitima, et verbum *by versterf*, pertinet ad casum mortis testatoris, et respicit eum, qui tempore mortis habebit jus in haereditatem defuncti. Eodem edicto cautum est, ne parentes Pontificii liberos orthodoxos minori ex parte haeredes instituant, quam quibus plurimum relinquunt, nisi parentes alias graves causas Judici probare queant, sufficientes ad ingratitudinis notam atque poenam. Non abludit ab hac parte, quod habetur in Graeca constitutione Justiniani an Justini, *l.* 13. §. 1. *C. de Haeret. Orthodoxi filii haereticorum, qui nihil deliquerunt in parentes, illibatum accipiunt et indeminutum, quod eis ab intestato competit .... et adversus haec facta ultima voluntas infirmatur. etc. Si vero quid deliquerint in parentes, accusantur et puniuntur.* Imo liberi Pontificiis ordinibus religiosis addicti, haeredes a parentibus scripti, legali fideicommisso quasi gravati intelliguntur, quo bona proximis suis agnatis et cognatis post mortem suam restituere coguntur, vers. *ende belangende.* Est et aliud singulare in eodem Edicto. Quae collegiis Pontificiis ab arcano fideicommisso relinquuntur, ea secundum jus commune redigenda forent in fiscum. *l.* 1. *ff. de jur. fisc.* Ex hac constitutione pertinent ad haeredes legitimos, quibus fideicommissarii isti prohibiti inventarium exactum, omnisque instrumenta, fide jurata tradere debent, sub poena quadrupli ejus quod suppresserint, inter delatorem, pauperes, et fiscum dividendi, et infamiae, cum poena insuper extraordinaria. Quod etiam ipsis proprio nomine relictum fuerit, similiter ad haeredes ab intestato pertinet cum usuris et fructibus; *vers. om alle andere quaedt etc.*

Praeterea inter incapaces personas, jure civili habentur etiam liberi perduellium, quos rigorem utpote rationi aequitatique contrarium, obsoletum esse, vel abrogandum, censet Ant. Matthaeus *disp. fin. de success n.* 15. Habuimus, quod de personis haeredum jure nostro singulare proditum est.

AD EDICTUM CAROLI V.

5. Placet addere cum Lectoris venia commentariolum ad Caroli Caesaris V. Edictum de anno 1540. insertum Statutis Frisiae *lib.* 1. *tit.* 7. *art.* 6. et alibi quoque receptum: *Ne liceat minoribus annis 25. donationem facere, vel legatum relinquere rei immobilis, vel quo res immobiles graventur, in perpetuum, vel usufructu tenus, Curatoribus suis, vel Administratoribus, aut inspectoribus* (Bewaerders) *nec eorum liberis aut concubinis. Si quid ejusmodi relictum fuerit, id ipso jure nullum declaratur.* Non prohibetur in hoc statuto haeredis institutio, seu titulus particularis, *giste by testamenten*; quibus verbis legatum vel donatio mortis causa significatur. §. 1. *Inst. de Legat.* Igitur si in haereditate nulla sint immobilia, certum est non prohiberi personas Statuto comprehensas scribi haeredes, pecuniaque et omnibus rebus, quae moventur, frui. Quid si et immobilia in haereditate reperiantur? Si verba Statuti consideres, more loquendi juridico, non possunt de haeredis institutione intelligi, quoniam haec est universalis. *l.* 18. *in fin. de haered. pet. l.* 24. *de V. S.* et *l.* 64. *de R. J.* Tituli, de quibus Statutum loquitur, sunt mere particulares, *alle gifte by testamente, legaten, gifte by levende lyve, ost in gevalle der doodt.* Haec etsi probabilia sunt, vero tamen propius est, illis prioribus verbis significari quamlibet dispositionem testamentariam, adeoque si quis e personis hac prohibitione comprehensis, haeres sit institutus, bona immobilia non obtinebit, nec aliter Sandius. *d. dec.* 2. 9. 19. An et mobilia hoc casu? Nihil video, quamobrem illa amittere debeat: nec enim utile per inutile vitiatur, et Testamentum pro parte valere, effectumque habere, in materia Statutorum non est insolitum, ut Sandius docet *lib.* 4. *tit.* 1. *def.* 7. saltem per clausulam codicillarem et via fideicommissi, ad evitandam offensionem regulae, quod nemo simul testatus et intestatus mori queat.

Quaeri potest, an sub voce Curatorum contineantur matres, quatenus sunt Legitimae Curatrices bonorum, quae liberis competunt. Sandius remittit Lectorem ad Stephanum *decis.* 58. Sed nihil haerendum puto, quin ad matres haec res non pertineat. Etsi enim plerumque verbum masculum etiam feminas complectatur, heic tamen secus est, quia nomen *Curateurs* utrique sexui

non aeque convenit, neque vocabulum *Administrateurs*, mulieres enim ad ejusmodi officia non eliguntur. *l.* 1. *C. Quand. mul. tut. off.* Imo Curatrices vel Administratrices Legitimae nusquam in Jure dicuntur, sed Tutrices solummodo; nec usquam extat Lex, qua Matribus administratio bonorum, quae ad liberos puberes spectant, deferatur; sed impuberibus tantum liberis praeponuntur, si velint, ita ut ne Tutela quidem publicum munus illarum respectu esse videatur. *l.* 2. *C. eod. tit.* Moribus quidem administratio tempore pubertatis iis relinquitur, sed non ideo sub Administratorum nomine legitimo continentur. Accedit reputatio caussae, quae movit legislatorem ad hanc prohibitionem, quae haec fuit; quod minores magis metu et reverentia quam libera voluntate in favorem Curatorum suorum disponere videantur; Inter matrem vero liberosque tanta *στοργὴ* et affectus mutui pietas vertitur, ut sinistrae suspicionis nulla causa relinquatur.

Verbum *bewaerders*, quod sequitur, reddidimus per inspectores; ut sint, quorum institutioni custodiaeque juniores commendati fuere, quales sunt Praeceptores, Paedagogi atque magistri, inquit Sandius *d. lib.* 2. *tit.* 9. *def.* 19. Quid igitur, an quilibet Praeceptores atque Magistri adolescentum sub hac prohibitione continentur? Mihi nec verba nec ratio ita ferre videntur. Non verba; quia nomen *Bewaerders Custodum* non significat Praeceptores simpliciter, sed eos, qui adolescentes in peculiarem custodiam acceperunt; sive in contubernium, sive in ejusmodi inspectionem, qualis est ea, de qua loquitur Lex Academiae Franekeranae XLV; *Professores, quibus commendati erunt juniores, eorum inspiciant mores et sumptus: nec sine autographis horum pecuniam Studiosis mutuanto aliusve huic mutuo foenorive dato.* Reliqui Professores aut Magistri, qui simpliciter juventuti Institutionem impertiuntur, sub nomine *Custodum* non videntur comprehendi, maxime si opera generalis sit, quam pluribus simul impendunt, ut fit. Ratio quoque non videtur admittere, ut qui nihil aliud faciunt, quam praeceptis eloquentiae sapientiaque juvenes reddere meliores, hac lege notari videantur, quasi haeredipetae et legatorum captatores. Aliter Regulus ad Nicostratum praeceptorem scripsit; *quoniam* inquit, *et cum patre meo semper fuisti, et me eloquentia et diligentia tua meliorem reddidisti, dono tibi etc. l.* 27. *ff. de Donat.* Sandius *in d. defin.* hanc legem vult accipi, de casu, quo jam donatarius Praeceptor esse desierat. Verum hoc liquet parum. Regulus erat juvenis, ut ait Papinianus, et vox praeteriti temporis *reddidisti*, utique etiam de institutione adhuc durante potest intelligi, Plane ejusmodi praeceptores, qualis ibi Regulo fuisse scribitur, non videntur in hoc Statuto denotari; sed Paedagogi domestici, duces peregrinationum, Professores, qui Studiosos in contubernium accipiunt, et denique inspectores ejusmodi, quales modo demonstravimus, sub titulo Custodum intelligi videntur.

Additur; *ofte andere heure administrateurs.* Quales illi? num alios potest habere administratores quam Curatores suos? potest primo, si veniam aetatis impetraverit, tunc enim Cura liberatur, et absentiae causa vel aliter, si velit, res suas alicui administrandas dare potest. Quid ergo, an et is, qui veniam aetatis impetravit, huic constitutioni subjectus erit: nonne, sicut ille in omnibus pro majore habetur, ita etiam heic minorum numero jurique videbitur exemptus? Non videtur. Primo, quia venia aetatis nihil aliud tribuit, quam ut minores patrimonia sua gubernare possint, *l.* 3. *in pr. C. de his, qui ven. aet.* quod est *διοικεῖν*, inter vivos administrare; venia nihil ad testamenti factionem pertinet, quae inde a pubertate libera fuit. II. In alienatione rerum immobilium venia aetatis non adjuvat adolescentes; heic autem de immobilibus alienandis agitur. III. Statutum nominans alios administratores, vel maxime ad eos, qui constituti sunt ab his, qui veniam obtinuerunt, spectare videtur, cum minores plerumque non habeant nisi Curatores. Possunt tamen et alii administratores esse minorum; veluti, cum qui adolescentem fecit haeredem, et bonorum quae reliquit ei, proprium statuit administratorem, qua de re vide Sandium *lib.* 1. *tit.* 9. *def.* 11. Sequitur in Statuto, *ofte van hare kinderen*: Quaesitum fuit, an et liberi emancipati hoc loco sub nomine liberorum contineantur. Ratio dubitandi, quod ex donatione facta liberis emancipatis, patri nihil adquiratur, cum filiofamilias facta donatio Patri usumfructum praestet. Ita Cujacius sentit, *consult.* 41. Sed recte Curia nostra censuit, ex eo quod in Statuto minime expressum est, non licere generalem infringere vim verborum, praesertim cum non deest alia ratio liberis emancipatis, perinde ac suis conveniens, affectus paternus, quo non minus pater emancipatis vult consultum ac filiisfamiliarum: unde par libertati minorum in testando periculum, quo Statutum sine dubio respexit. Sand. *l.* 1. *tit.* 9. *def.* 20. An et nepotes sub voce *kinderen* huic loci comprehendentur? Non est de nihilo, quod Goddaeus ad *l.* 8. *de V. S. num.* 2. tradit, verba *kinderen* et *zonen en dochters* ita differre, sicut in jure Latino *liberi* an *filii filiaeque.* Liberi vero comprehendunt nepotes, filii non aeque, §. *ult. Inst. Qui testam. tut. l.* 220. *de V. S.* imo et filii quandoque nepotes continent, *l* 84: *l.* 201. *et L.* 220. §. *ult. de*

V. S. secundum haec sub liberis etiam nepotes intelligendi forent. Et quidem Jure linguaque Romana non minus id obtinet in poenalibus quam favorabilibus. Ita SCtum, quo tutor pupillam filio collocare prohibetur, etiam locum habet in nepote. *l.* 59. *ff. de rit. nupt.* Commissum haereditatis, in quod incidit mater, quae non petit tutorem liberis, usum etiam habet respectu nepotum. *l.* 2. §. 28. *ff. ad Se. Tertyll.* SCtum Macedonianum, quod prohibet filiosfam. ex pecunia mutua obligari, extenditur et ad nepotes. *l.* 14. *ff. ad Se. Maced.* Curia tamen nostra fuit olim in hac sententia, proprietate vocabulorum, *kinderen*, non significari nepotes *kintskinderen*, et ideo ad tollendam dubitationem, qui vult etiam nepotes complecti, operam dare debet, ut id verbis exprimat. *l.* 4. *tit.* 5. *def.* 10. Adeoque potius est, ut praedicta vox hic ad nepotes extendi non videatur. Quo magis id ita in nostro Statuto accipiendum sit, facit, quod libertas testandi per hanc Constitutionem restringitur, cujus cum maximus favor sit, *l.* 1. *C. de SS. Eccles.* non videtur faciendum, ut lex, quae illam coarctat, interpretatione producatur: praeter quod haec Constitutio Juri civili adversa est, quo Curatorem licet haeredem instituere, *l.* 28. §. 10. *ff. de liberat. leg.* sufficiente adversus vim dolumque Lege, quae testamentum jubet esse nullum, si quis deceptus vel coactus sit ad testandum. *l.* 1. *C. si quis aliqu. test.* Proinde, si quid minor Curatori suo reliquerit, id valere videtur.

Unum mirari licet, quod in fine adjicitur, *ofte heure concubynen*, nulla uxorum mentione facta, contra quas tamen eo major erat ratio, quo strictior et arctior est affectus Curatoris erga legitimam conjugem, cujus respectu minori facilius erat insidiaturus, quam in gratiam concubinae; praeter quod uxores ipsae Curatorum, saepe non minus adolescentes adultasque habent in potestate, quam viri. Accedit quod concubinae in Frisia sunt rarissimae; scilicet mulieres, quae domi habentur uxorum instar, sine titulo et dignitate uxorum, quomodo concubinae finiuntur. Nescio an absurde dixeris, eo tempore, quo lex ista lata est scilicet anno 1540. adolescentes crebro commendatos fuisse sacerdotibus, qui fere concubinarii erant. (t) Quidquid sit, ut lex scripta est, ista nihil dubitandum, quin prohibitio ad uxores non pertineant. Indignum enim et absurdum foret, sub nomine Concubinarum uxores justas complecti, idque in Constitutione poenali et derogatorie Juris communis. Ideoque et a Curia probata est haeredis institutio, qua minor honoraverat Curatoris sui uxorem. Sand. *l.* 2. *tit.* 8. *def.* 19. Est hoc exemplum ejus, quod in legibus interpretandis est servandum, ut tametsi mirum hoc et rationi adversum, quia tamen lex ita scripta est, standum sit verbis legis. *l.* 12. §. 1. *ff. Qui et quib. manum.*

In fine statuti habetur Sanctio; *Sullen wesen nul en van onwaerden.* Pro non scriptis habetur; Ideoque fisco non vindicantur, ut fit in his, quae ut indignis auferuntur, sed manent penes haeredem scriptum, vel si nullum sit testamentum, penes haeredes ab intestato. *l.* 3. *in pr. de his, quae pro non scrip.* Quod si eiem personis in hac lege prohibitis aliquid in testamento relinquatur, tum fisco locus foret, secundum *l.* 1. *de jur. Fisc.* nec id mutatum jure vel more Frisico; tametsi rarius accidat, ut fiscus hoc jus urgeat apud nos. Videatur Sandius *l.* 4. *tit.* 4. *def.* 5. *vers. Et postea.*

Pertinet etiam ad hoc caput, quod ante hac ex Ed. Car. V. intelleximus t. *Stat.* 1. 6. *et* 7. si quis filiamfamilias minorem annis 20. duxerit in uxorem, vel si qua nupserit filiofam. 25. minori, eum eamve non posse haeredem scribi a conjuge, ne quidem si pater post concubitum adhibuerit consensum, secus si ante copulam carnalem ratum habuerit matrimonium. *d.* §. 7. Idem quod ad haeredis institutionem attinet, constitutum est in eos, qui puellas sub Curatoribus agentes, illis invitis aut ignaris duxerint, vel qui adolescentes Curae subjectos in matrimonium pellexerint, §. 22. idque sine discrimine aetatis: sed ratio vult, ut quod de aetate filiorum filiarumque familiarum antea scriptum est, hic ἀπὸ τοῦ κοινοῦ repetatur et adolescentibus adultisque applicetur; atque ita censuit Curia et in foro servatur, teste Sandio *lib.* 2. *tit.* 1. *def.* 7. posteaque saepius et constanter ita judicatum est. Convenit hoc cum eo, quod jure civili institutum est, propter illicitum matrimonium nihil capi posse ex bonis viri vel uxoris, neque e testamento adiri posse haereditatem aut peti bonorum possessionem, *l.* 1. *ff. Unde vir et ux. l.* 13. *l.* 14. *de His, quae ut ind.* et *l.* 27. *de Usufr. leg.* atque ejusmodi haereditates fisco vindicantur, *exceptis tam viris quam feminis, qui errore non affectato neque ex vili causa decepti aetatisve lubrico sunt. l.* 4. *C. de Incest. nup.* Sand. *lib.* 4. *tit.* 4. *def.* 5. Rursus hac de re agendi locus est ad *tit. de His, quae ut indign.* et vid. *supra de Rit. nupt. n.* 7.

(t) *Miserrimis illis temporibus plures fuisse Clericos concubinarios, leges Ecclesiae adversus eos latae, satis testantur: At omnes fere concubinarios fuisse, ut Auctor insinuat, falsum est. Acrior Auctoris erga Sacerdotes nostros animus, facile ei persuasit, ut, quod de quibusdam illius temporis dici potest, de omnibus fere crediderit.*

6. Videsmas, in artienlo de partibus haereditatis, su aliquid singnlare supersit. *Primo quidem solemnis* distributio assis in duodeeim uncias more linguaque nostra non habet usum, sed Testator in tot partes haereditatem dividit, quot ipsi veniunt in mentem; ut alinqui jure civili potest etiam facere, velut in §. 5. *in fin. Inst. de Haered. inst.* Nec tamen ideo non est locus hodie quaestionibus, quae in §. 6. 7. 8. *Inst. d. tit.* tractantur; scil. quid juris sit, enm testator quasdam partes reliquit vacuas aut ultra assem multiplicavit. Quid enim si qualuor scripserit baeredes e parte tertia singolos, vel tres e quartis; Quid si insuper aliquem sine parte scripserit, noone juris idem erit, quod *in dd.* §§. a Justiniano exponitur? Is regulam ponit fundamentalem, quod nemo pro parte testatus et ex parte intestatus decedere posse, nisi miles, cujus sola voluntas in testando spectatur. §. 5. *Inst. h. tit. l. 7. ff. de R. J.* Reliqui cives legibus obligati sunt, quibus ita constitutum, haeredis institutionem esse titulum universalem, haeredemque repraesentare defunctum, ita ut pro una eademque persona habeantur, non posse pro parte haeredem scribi; debere testatorem ita inducere in animum, ut vel de omnibus suis bonis disponat, vel omnis legis ordini relinquat; et haec sententia in foro Romano sic invaluit, ut in naturam disciplinae verterit, earumque rerum naturaliter inter se pugna credatur esse, *testatus et intestatus*, ut ait Pomponius *in d. l. 7.* Adversus haec Groenewegius ad §. 9. *Inst. h. t. generali consuetudine passim receptum* ait esse, *ut unicuique testato partim et intestato decedere liceat*, idque multa auctoritate scriptorum variarum gentium confirmat; quibus ita videtur, subtilitates juris Romani, quae nullum aliud aequitatis fundamentum, nisi quod ita veteribus placuit, habent, moribus hodiernis negligi. At saepe dictum et approbatum est, in quibus gentibus receptum est jus Romanum, in illis quaelibet ejus capita certa et indubitata neque rationi contraria, vel Statutis abrogata, valere servarique: et inter ea numerandam esse hanc regulam nullus dubito: non dubitat etiam Herbajus noster, qui de *rebus usus quotidiani* scribens, eam positionem pro fundamento totius disputationis, quam habet in *cap. ult.* tradit et usurpat. Hinc nihil ambigendum, si quis duos haeredes e triente scripserit, quin idem sit, ac si duos e semisse scripsisset, vel si unum e semisse, alterum e quadrante, perinde est, ac si primum e besse, alterum e triente fecisset haeredem, juxta doctrinam §. 7. *Inst h. t.* ex quo sic ait Herbajus, in *d. cap. Si qua pars assi desit, ea omnibus haeredibus pro portionibus haereditariis accrescit.* Nec audiemus ideo D. Voetium adfirmantem in *comment. ad d. t.* moribus hodiernis cessare jus accrescendi, ut reliqua bona pertineant ad haeredes ab intestato.

7 (b) Ex eadem ratione sequitur, eum, qui solus, secus si cum alio, ut dictum ad *Inst. h. t.*) ex rebus certis haeres institutus est, detracta rei certae mentione, haeredem ex asse videri, perinde ac si rerum mentio facta non esset. §. 3. *Inst. Quid. mod. testam. infirm. l.* 1. §. 4. *l.* 9. §. 13. *et l.* 10. *ff. de Haered. instit.* Sicut etiam, si quis plures e diversis partibus, etsi inaequalibus, scripserit, perinde erit, quasi sine partibus scripti fuerint, *d. l.* 9. §. 13. *l.* 10. *et l.* 11. *h. t.* tradente rem hanc ut quotidianam, hoc est, moribus etiam nostris usitatam, Herbajo *d. cap. ult.* Quod si Testator disertis verbis prohibuerit, ne scriptus haeres plus quam partes aut res expressas haberet, doctrina juris Romani vult, nihilominus ei res accrescere cunctas, per *l.* 55. *ff. de Legat.* 1. Attamen difficile dictu est, tantum rigorem seculo nostro ferri posse, ideoque tanquam ex argumento juris Romani concedendum credimus in sententiam Viglii nostri *ad d.* §. 5. cui Bachovius etiam subtilissimus *ibid.* adsentitur, et est haec, alibi quoque dicta: scriptum quidem haeredem vi juris ex asse haeredem fieri, sed respectu voluntatis testatoris, eum cogi ad restituendam partem iis, in quorum gratiam testator eum parte designata contentum esse praecepit, qui sunt haeredes ab intestato. *arg. l.* 69. *in pr. ff. de legat.* 2. Hoc temperamentum minus dubii habet, si testamento adjecta sit clausula codicillaris; utpote, cujus haec vis intelligitur esse, ut haeredem scriptum quasi fideicommisso onerare videatur, ad implendam voluntatem, quae directe per leges effectum habere non poterat, ut infra et Sand. *lib.* 4. *tit.* 2. *def.* 2. Sed an vi hujus clausulae non tenebitur haeres scriptus ex re vel parte certa reliquam haereditatem semper et indistincte proximis cognatis restituere? Non videtur, nisi appareat; Testatorem enixe voluisse, ne scriptus haeres plus quam testamento dictum est, obtineret; nam alioqui cum haeredis institutioni certae partis aut rei mentio adjecta est, censeri potest negligenter et abundanter adjectum, nec aliter velle testatorem quam quod jus commune dictat. Etenim jus accrescendi nititur etiam tacita voluntate defuncti, qui partes vacantes creditur potius voluisse delatas haeredi scripto, quem nominavit, quam iis, quos nulla mentione in supremis tabulis honoravit, ut apparet e doctrina juris accrescendi, quae traditur in *l. un.*

(b) *Pos.* 2.

C. de Caduc toll. Plane, si dixerit, se reliqua bona legitimis haeredibus suis relinquere velle, tametsi non usus sit titulo institutionis, non est tamen dubium quin illis jure debeantur, quoniam recentiori jure qualiacunque verba, testatoris animum satis explicantia, sufficiunt ad effectum haeredis institutionis *l.* 5. *C. de haered. instit.* Quod etiam diximus, rei certae mentionem videri posse ex abundanti adjectam, non habet locum, si testator accurate sollicitequc res certas enumeraverit; sicut factum erat in testamento *Friderici de Vervou*, super quo ante aliquot annos disputatum est inter Viros Nobilissimos *Bernardum a Coenders et Heronem ab Ockinga* Supremae Curiae Ex-Senatorem et Ex-Curatorem Academiae. In qua causa visum Curiae Supremae, non posse haeredem plus capere quam ei adsignatum erat; forte quod specialis et accurata rerum enumeratio expressae prohibitionis loco habenda videretur. Decisioni, quod eadem de re pridem consultus eram, non interfui, ut de ratione decretoria nihil adfirmare liceat, nedum ut inde colligendum sit, displicuisse praedictam Juris regulam fundamentalem.

8. Quando juxta haeredem ex rebus certis, cohaeres simpliciter vel ex parte assis est scriptus, eum, qui ex rebus institutus est, quasi legatarium, nihil quam res adsignatas capere, dictum alias, et notum est ex *l.* 13. *C. de Haered. Inst.* Quod si cohaeres deficiat, cum ipsum institutio fecerit haeredem, jus accrescendi non potest ei negari, *ut Dd. commun.* teste Bachovio *vol.* 2. *ad Treutl. Disp.* 12. *th.* 1. *lit. A. et comm. ad* §. 5. *I. de Haered. inst. n.* 11. Wissenbach. *ad h. t. th.* 8. Verum quid si res certae, ex quibus institutus, est, non sint in ejus commercio, ut illas capere non potuerit, adeoque nullum haeredis effectum habuerit, an tunc etiam deficiente cohaerede, ex ejusmodi rebus certis scriptus, jure accrescendi deficientis portione gaudebit? Ratio in hoc vertitur, an haeres ex re certa scriptus, si rem illam capere non possit, haeres esse desinat. Quod negandum videtur. Etenim Haereditas etiam sine ullo corpore juris intellectum habet. *l.* 50. *de Haered. pet.* Ac ita notabiliter judicatum in Curia nostra Suprema, facti specie tali; *Christina Lanting* haeredem sibi scripserat sororem *Berechtiam* ex bonis in Transisulania sitis, ubi res soli non possunt exteris testamento relinqui, ut in ea lite supponitur. Ideo qualitas haeredis nullam in ea corpus habebat. Cohaeres, qui reliqua bona testamento acceperat, defecit, ante Testatricem mortuus. Proinde Berechtia totam ejus portionem jure accrescendi tanquam haeres e testamento occupaverat. Hanc ab illa haeredes legitimi petebant; Sed repulsam tulerunt, arbitrata Curia jus accrescendi habere locum. *d.* 3. *Februar.* 1643. φιλοτιμικῶς. De eo quod obstat, videbimus *ad tit. de Adquir. haered.*

9 (c) Quod juris est in institutione ex rebus certis, id etiam obtinet in usufructu. Qui solus haeres scriptus est ex usufructu, is habet totam haereditatem, *d. l.* 9 §. 13. juncta *l.* 74 *h. t.* Mantic. 4. *conjectur. ult. volunt tit.* 5. *art.* 1. Fachin. 4 *controv.* c. 17. Wissenb. *h. t. th.* 13. Nec hoc ab usu Fori remotum, quidquid Juris censores contradicant. In Curia nostra sic judicatum, in causa *Titiae Thomae uxoris D. Suffridi Saekma, Praetoris in Dantumadeel, contra Regnerum in Simonem Gerhardos.* Pater Titiae haeredem illam scripserat ex usu fructu omnium bonorum suorum, administratione penes Regnerum et Simonem mansura, post mortem ejus vocabantur proximi ad tertium usque gradum cum prohibita alienatione. Titia est declarata haeres ex asse, manente tamen fideicommisso et administratione, praeter Legitimam et Trebellianicam, quae statim liberae praestari sunt jussae. *d.* 16. *Jul.* 1640. Haec decisio continet aliam quaestionem, quid juris sit, quando haeres ex solo usufructu institutus, et post mortem ejus, alius haeres scriptus est. Trifariam hic sentire interpretes, refert D. Wissenbach. *ad h. t. th.* 13. σχετικῶς. Nobis verior videtur quarta sententia, haeredem ex usufructu statim haeredem esse, cum onere fideicommissi pro altero, si is supervixerit, si moriatur ante haeredem ex usufructu, hic in solidum haeres erit, ratione mox reddenda.

SCHOLIUM.

Dissent. Wissenb. d. l. *Mihi videtur distinguendum, an alius ille in eodem testamento fuerit haeres scriptus, an vero in posteriore testamento Isto casu facio cum Wissenbachio Molinaeum secuto; adjectum usufructuario solum esse haeredem adeoque haereditatem transmittere, etiamsi non supervivat post mortem fructuarii. Hoc vero casu sentio cum auctore*, argumento §. 3. Instit. Quibus mod. test. infirm

RESPONSIONI sequentia servient, ex quibus distinctio *D. Thomasii* corruet. Est haec usus frequentissimi species. Nobis alia non videtur esse ratio ususfructus, quam rei certae, ex qua haeres aliquis institutus sit. Qui autem ex re certa solus haeres est institutus, ille fit haeres ex asse, ut modo demonstratum est; nisi haeres rei certae habeat cohaeredem. *l.* 13. *C. h. t.* Sed qui post mortem haeredis vocatur, is est substitutus vulgaris, aut fideicommissarius *l.* 64. *de legat.* 2. *et l.* 14 *C. de fideicomm.* Proinde

(c) *Pos* 3. .

non fit haeres, nisi alter non fiat, aut desinat esse haeres, nec prius habet jus haeredis, ut de omnibus substitutis constat. Wissenbachius Molinaeum secutus, et Thomasius, eum qui post mortem prioris haeredis vocetur, appellant *adjectum*, suo arbitratu: eum qui post alium vocatur, sit verissime *substitutus*. In hoc adeo, nisi fallor, cardo hujus rei vertitur, substitutus sit, qui post mortem vocetur, an cohaeres. Tertium non datur; Adjectus ille, ei est alius ab bis duobus, est commentitius. Atqui substitutum esse, tam clarum est, quam quod haeres ex usufructu est haeres, et qui post mortem ejus vocatur, non est simul cum illo haeres. Rectissime igitur in praedicta specie Curia nostra, nec aliud in consulendo judicandoque sequendum videtur. Effectus rei in duobus maxime consistit, in detractione Trebellianicae, quam haberet in illa specie haeres *ex* usufructu, ut gravatus fideicommisso consideratus; et in jure transmissionis, si morietur ante haeredem *ex* usufructu.

*N. ADDIT.

Acceptamus, eum, qui in usufructu est institutus, convenire eum eo, qui in re certa est institutus, si nempe solus sit. Quod si ita dictum sit: Titius haeres esto quoad usumfructum. Post mortem Titii Cajus haeres esto, *idem est ac si testator dixisset. Titius et Cajus haeredes sunto, Titius quoad usumfructum, Cajus quoad proprietatem. Imo si et hic comparare velis Titium in usufructu institutum, eum haerede in re certa institutio, constat tamen ex* l. 13. C. h. t. *quod si haeres in re certa institutus habeat cohaeredem, habeatur pro legatario. Idem et hic de Titio dicendum. II. Eum, qui post mortem haeredis vocatur, concedimus esse fideicommissarium, si haeres proprietatem rei haereditariae habeat. At si ususfructus ei relinquatur, conjectura alio ducit. Unde saltem contradictionem suam repetit et constantiam pristinae opinionis testatur Auctor, dum dicit* substitutum esse, (*illum quem adjectum dicunt*) tam clarum est, quam quod haeres ex usufructu est haeres, et qui post mortem ejus vocatur, non est. *Mihi enim et Wissenbachio contrarium potius utrobique clarum videtur.*

Hanc aliter se habere dixerim, si testator usumfructum leget, aut generali verbo *relinquat* alicui: post mortem autem, scribat alium haeredem. Nam etsi, ut dictum *alias*, vocabulum *relinquere*, adscribere, *maken* vernacule, atque haeredis institutio, usu hominum quandoque promiscue accipiantur, quando tamen de formula seu discrimine legandi et haeredem instituendi quaeritur, nullo modo confundi possunt. Sed tum qui haeredes instituuntur, ubi alii non extant haeredes, statim fiunt haeredes, ne offendatur regula legis 7. *de R. J.* In sermone vernaculo tentavimus aliquid esse discriminis, utrum haeres instituatur ex usufructu, an ad vitam, *part.* 1. *Jurisp. hodiern. lib.* 2. *cap.* 16. *n.* 2. quod heic non prosequemur, nisi quod verba *ad vitam* haeres, aliis post mortem vocatis, magis exprimunt fideicommissariam substitutionem, quatenus in vulgi usu nihil frequentius est, quam verba *ad vitam* adhiberi fideicommissariis, aeque ac fructuariis. Attamen apud Nautam nostrum sic judicatum reperio, cum uxor haeres *ad vitam* instituta esset, atque post ejus mortem alius haeres scriptus, non dari primo haeredi detractionem Trebellianicae, semel in *causa Agatae a Velsen, contra Scipionem Bokema d.* 15. *Jul.* 1636. etsi addat relator judicati Nautae, inter partes super Trebellianica fuisse transactum. Rursus in *causa Ids Fockes cum soc. contra Breuterik Rinses ut Curatorem etc.* quamvis in hac specie uxori ad vitam institutae, data fuisset potestas alienandi; quo casu res minus dubii habere videbatur, quia cum potestas alienandi addita est usuifructui, quamlibet legato, fit transformatio ususfructus in proprietatem cum onere fideicommissi, ut probavimus *ad tit. de usuf. n.* 8. *pag.* 297. *part. praeced.* ac ita in terminis a Curia nostra judicatum est, apud Sandinum *lib.* 5. *tit.* 3. *def.* 4. scilicet. *Usufructuarium cui data est potestas alienandi et bona minuendi, alio post mortem ejus scripto haerede, esse habendum pro haerede fideicommisso gravato.* Hanc in istis exemplis Nauta non negat fuisse Curiae sententiam. Proinde quod Trebellianicam ait esse negatam, factum ideo fortasse, quod per fructus pridem consumpta fuerat. Atque haec auctoritas, juncta priori exemplo judicati pro *Titia Thomae*, quae fuerit olim Curiae nostrae sententia, satis demonstrat. Paulo aliter Peckius 5. *de Testam. conjug. c.* 18. *n.* 2. Mantic. 4. *conject.* 5. *art.* 5. *n.* 7. Gail. 2. *obs.* 143. *n.* 5. Wissenb. *loco citato.*

10. (d) Postremo ad articulum de rebus, pertinet casus *Legis* 13. *de Liber. et posth. haered. inst. vel exhaered.* quem vide sis in textu. Sed adde temperamentum ex *l.* 32. *C. de Inoff. testam.* Scilicet, ne unquam filia minus habeat Legitima.

SCHOLIUM.

Ex mente igitur JCti in d. l. 13. *Filia debet accipere septimam partem, v. g. si haereditas consistat in* 1200. *thaleris, tunc ad filiam spectabunt* 171. *Ex temperamento vero* d. l. 32. *accipiet sextam partem* 200. *thaleros. Cui igitur summa ista excedens detrahenda est? An filio? An uxori? An utrique pro rata? Puto utrique.*

(d) *Pos.* 12.

11. (e) Sequitur modus instituendi haeredes,* de quo actum ad *Instit. h. t.* et agetur *inferius ad tit. de Condit. Institut.* Praeterea ad modum instituendi pertinet captatoria institutio, quae est, cum quis scribit haeredem, ut ipse vicissim scribatur, * quomodo accipienda *l.* 70. *h. t.* (1) ex qua patet, in *l praeced.* non tradi definitionem captatoriae, quod sit ea, quae in alienam voluntatem confertur; nam haec alio nomine prohibita est. *l.* 32. *h. t.* Sed meos est, captatoriam non esse, quae ex honesta et reciproca affectione fit, verum quae dirigitur ad aucupandum successionem ejus, de cujus voluntate nobis non constat. adde Wissenb. *disp. ff.* 56. *th.* 16. Denique in arbitrium alterius collata institutio, nullius momenti est. *l.* 32. *h.* Quanquam haeres sub conditione, quae ab alterius arbitrio pendet recte instituitur. *l.* 68. *h. t.* et *l.* 52. *de C. et D.*

TIT. VI.

DE VULGARI ET PUPILLARI SUBSTITUTIONE.

I. Remissio, et quaestio, an casus unus trahatur ad alterum. II. Quatenus haeredum parentes per substitutos excludantur. III. Casus, quo haeres instituti excludit substitutum, disceptatur. IV. Casus secundus V. Casus tertius refellitur. VI. Quartus casus disp. et quintus remissive. VII. Non recte poni ut requisitum substitutionis Pup. Aditionem haereditatis. VIII. Subst. vulgarem non tollere suitatem. IX. Esse, qui substitutiones vulgares et pupillares scribunt usu esse abolitas. X. Contrarium demonstratur a forma. XI. Ab effectu. XII. Differentia effectus inter vulgarem et fideicommissariam, exemplo demonstratur. XIII. Minorem tamen usum esse pupillaris substitutionis. XIV. An detur quintum genus substitutionis, a vulgari, pupillari, exemplari, fideicommissaria distinctum. XV. Conclusio.

(a) De utraque substitutionis specie actum est ad *tit. Inst. de Substitut. vulg et ad tit. de pupill. subst.* ubi, sis, vide. Sub forma vulgaris substitutionis, *si haeres non erit*, monuimus, tres comprehendi casus; si primus haeres ante testatorem moriatur, si postea nolit, vel non possit. *tit* 1. *de vulg. subst n.* 1. Quando testator formula communi usus est, *si haeres non erit*, substitutus admittitur, quicunque de tribus illis casibus extiterit. Sed cum Testator unum eorum casuum expressit, ut *si primus haeres nolit*, et dein mortuus sit, antequam *posset*, substitutio evanescit, ut videtur, quia casus isti realiter discrepant, *arg. l.* 10. *de lib. et post. haered. inst. vel exhaered.* ubi: *si alteruter casus omissus fuerit, eo casu qui omissus sit, natus rumpit, testam. L.* 10. *I pr. de C. et D.* verb. *Si ei Procula defuncti filia nubere noluisset: Quare cum ea prius quam viripotens fieret, vita decesserit, conditionem extitisse non videri. L.* 21. *h. t* ubi *in fine:* Non enim videtur *in hunc casum substitutus.* Adde *l. ul. C. de Institut. et substit. l.* 22. *in pr. Solut. matrim.* In quibus locis, non quidem eadem factorum species referuntur, ut Struvius *hic. n.* 15. argumentatur, sed omnes in hoc conspirant, casum unum non esse producendum ad alium, verbis sensuque diversum ut heic fieret manifesto. vid. Treutl. *vol.* 2. *disp.* 11. *th.* 6. ibidem Bachov.

SCHOLIUM

Mihi videtur contrarium cum Struvio h. t. th. 13 et Eckolt. th. 7. *Consentientes Auctori vide ap. Schulz.* in comp h. t. p. 336.

RESPONSIO

Apud Struvium citantur in contrarim Lex 3 h. t. l. 22 ad Sc. Trebell. l. 16. Sol. matrim. *Prima nihil habet, nisi forte contrarium. Erit igitur lex* IV. *ubi celebris illa productio casus pupillaris ad vulgarem, et vulgaris ad pupillarem, de qua nos egimus ad* tit. I. de Substit. pupill. n. 3. *Dabimusque Struvio quod postulat, si parem textum et sanctionem pro extensione casus*, si non possit, *ad casum*, si nolit, *et vice versa, proferre queat: per constitutionem expressam fieri posse tales productiones, intelligimus. Interpretum eas esse, negamus.* Lex 22. et lex 16. *tam parum ad rem faciunt ut fere in his quoque suspicer*

(e) *Pos.* 9. 10. *et* 11. (a) *Pos.* 1. 2. *et* 3.

(1) *De Captatoriis institutionibus* extat *elegantissimum viri Amplissimi Cornelii van Bynkershoek opusculum* inter opusc. varii argum. 5. *in quo omnia juris capita, huc pertinentia, perspicua brevitate exposuit.*

* Vera captatoriae institutionis formula, videtur extare in *l.* 1. *ff. de his quae pro non scriptis habentur* Qua ex parte me Titius Haeredem scriptum in tabulis suis recitaverit; ea ea parte haeres esto, de qua pluribus vide Ill. Thomasium *in dissert. de captatoriis Institutionibus.* Halae 1696.

mendas. Unicae sententiae oppositoe ratio est, quod utraque substitutio, si nolit, si non *possit, in eum finem fiat, ut defunctus habeat substitutum, si primus hoeres non sit, qui finis est communis utrique cosui controverso. Sed respondetur, illum finem recipere divisionem in voluntate Testantium, juxta diversos eventus. Si finem illum generalem simpliciter respexisset testator, verbis generalibus usus esset,* si haeres non erit. *Quando autem speciolibus usus est, his generalem addere sensum, non est, inquam, interpretis. Tertia Struvii ratio nihil concludit.* Casus, *inquit,* si haeres esse noluerit, opponitur illi, si haeres esse voluerit: non vero intelligitur voluntas nuda, sed efficax: Illius vero voluntas, qui non potest esse haeres, plane est nulla. *Sufficit hoc, ut is cujus nulla fuit voluntas, dicatur non implesse conditionem,* si noluerit. *Plane si verba sensumque verborum intueamur, sunt hae conditiones diversae, quas sine Lege speciali, quae deficit, non licet facere promiscuas.*

N. Addit.

Ratio sententiae nostrae haec est. Testamenta sunt explicanda ex mente Testatoris. Concedit Auctor, conditionem, si haeres non erit, comprehendere casum utrumque: Si haeres esse nolit, aut si haeres esse non possit. Ratio, quia testator, dum alium primo substituit, primum magis diligit quam substitutum, adeoque haud dubie vult substitutum in utrumque casum admitti. Jam igitur est quaestio, si testator dixerit: Titius si haeres esse nequeat, Cajus haeres esto, an testator substitutionem voluerit saltem ad unum casum restringere? Non videtur, nisi aliae conjecturae aliud suadeant. Nam certum est et hic, testatorem magis dilexisse institutum, quam substitutum, sed substitutum tamen magis quam haeredes ab intestato. Et qui vult adeo substitutum esse haeredem, si institutus esse nolit, is non praesumitur haeredes ab intestato amare caepisse prae substituto, si institutus haeres esse non possit; aut vice versa. Quid enim hae conditiones facerent ad excitandum amorem erga haeredes ab intestato, out ad extinguendum amorem erga substitutum? Sed cur tamen, inquies testator unum saltem casum expressit? Haud dubie, quia alterum casum non extiturum putavit, verb. gr. Senex Juvenem instituit, cujus mortem ante suam mortem extituram non opinatur, multo minus causas metuendi habet, eum deportatum iri. Hoc intuitu ergo saltem dicit: Si haeres esse nolit. Certum autem est hoc casu, si amicus eum tempore conditi testamenti admonuisset: Quid si vero Titius haeres esse non possit; eum non fuisse responsurum, tum volo, ut hoeredes ab intestato sint, sed se tum multo magis vel substitutum succedere. Similiter, si quis hominem aetate magis provectum, de cujus amicitio nullum habet dubium, haeredem instituat, aut si etiam tempore testamenti conditi testator sit homo dives, qui non habeat causam timendi, quod quis haeres ejus esse nolit, et haeredi primo substituat apposita conditione, si haeres esse non possit, iterum aud dubie non responderet quaerenti, quid vellet, si haeres primus hoeres esse nolit: volo, ut tum haeredes ab intestato succedant, sed volo et tum, ut haeres substitutus haereditatem hobeat. Quare cum sententia haec ex rei notura et voluntate testatoris descendat, non opus est, ut ullo textu corroboretur, sufficit, quod Auctoris opinio contraria non extet in textibus. nam argumentum, quae pro se ex aliis legibus adduxit, ubi haud dubie in aliis casibus et conditionibus, conditio voluntatis et impotentiae jure suo pro diversis habentur nihil concludunt, cum in istis casibus plane sint diversae a praesenti quaestione rationes. Interim graviter pro nostra sententia facit argumentum l. 4. h. t. *Nam si Imperatores in cosu substitutionis vulgaris et pupillaris, (ubi tamen de voluntate testatoris ob duplicitatem testamenti in pupillari substitutione, et alias causas, non contemnendae suberant dubitandi rationes) voluerunt, ut una alteram comprehendat, quis jam dubitet, quod in vulgari casus unus expressus non contineat tacite alterum casum omissum, praeprimis cum de eo casu nemo dubitaverit, nec ob evidentiam rei hactenus expositam dubitare potuerit, ut adeo non opus fuerit decisione Imperatoria in negotio aperto? Hinc cadit Auctoris postulatum, quod pro sententia nostra debeomus afferre constitutionem, cum interpretes talia definire nequeant. Cur enim interpretes non definirent quaestionem, cujus definitio pendet a conjectura moraliter certa de voluntate defuncti? Imo etiamsi quaestio fuerit valde dubia, cur Interpretum definitio non idem valeret si rationabilis sit, quam interpretatio principis. (utique apud J Ctum rationalem?) Nam si ad omnia dubia J Ctorum et dissensiones semper necesse fuisset accedere constitutiones Imperatorias, fere totae Pandectae nullius essent usus.*

2. (b) In utrisque substitutis habet etiam locum regula, quod successio legitima cesset quamdiu

(b) *Pos.* 4. 5. *et* 6.

testamentaria speratur. *l.* 70. *de Adquir. haered.* Unde sequitur, matrem haeredis instituti a sobstituto excludi; quod etiam obtinet in pupillari, ne legitima quidem excepta, *l.* 8. §. 5. *de Ineff. test.* respectu matris scilicet, qua de re scripsimus ad *tit. de Ineff. testam. P* 2. *n.* 7. idque etiam in tacita pupillari juris esse, probat. D. Wissenb. *th.* 28. *h.* Contrarium tamen jure Saxonico receptum esse monet Thomasius in *schol. ad posit.* 3. *h.* Pater quoque haeredis instituti, cedit substituto, per *d. l.* 70. *et l.* 39. *eod*, nisi filius repudiat haereditatem delatam, quo casu pater quasi ex testamento immediate vocatur, *l. ult.* . 1. *C. de bon. quae lib.* ubi non modo filius, sed etiam, nolente eo, Pater in cujus potestate est, jus succedendi habet. Verba. *Si haeres non erit*, in eo quidem ait Imp. §. *ult. Inst. de vulg. subst. quem alieno juri subjectum esse testater scit*, sic accipiuntur; Si nec ipse haeres erit, neque alium haeredem effecerit, Patrem scilicet, si filiusfam institutus sit. (†) Unde probatur, quod Pater, quando adquirit haereditatem, vi institutionis a Testatore factae eam adquirat, ac ita non modo legis, sed testamenti quoque sententia fretus est. Dissent. D. Wissenbach. aliique ab eo citati, *parte* 1. *Pand. disp.* 56. *th.* 17. (1).

SCHOLIUM

Momentum controversiae in eo consistit. an d. l. ult. *extendenda sit ad casum, quo Filius substitutum habuit? Negat Wissenb.* d. l. *non improbabiliter.* Conf. Struv. et Eckolt. *dd. ll.*

(†) *Supple*: et adierit. *Wissenb.* d. l. *Quo puncto Auctoris, quod statim sequitur, UNDE et c. evanescit.*

RESPONSIO

Illud supplementum heic usu non venit, quia non quaeritur de eventu aditionis, sed de voluntate testatoris, quem is vocasse censeatur. Quando vocavit filiumfam. cujus pater in casu repudiationis jus filii habet, eundem, si filius repudiet, vocasse videtur. Ac ita ratio appositae opinionis, quod pater ex lege, substitutus e Testamento veniat, convellitur, Nostrum autem Unde etc. consistit.

N. ADDIT

Me vero ista non persuadent. Credo, quod illud supplementum Auctori usu non veniat. quia evertit ejus intentionem. Et si omittatur istud supplementum, quod tamen d. §. ult. Inst. *supponit, tum Auctor probat idem per idem, quia tum aeque in quaestione est an filius institutus, patrem haeredem faciat, si non adierit, vi patriae potestatis, de qua* §. ult. *iterum intelligendus*) *ac in quaestione est, an* d. l. ult. *extendenda sit ad casum, quo filius substitutum habeat. Reliqua Auctoris omnia petunt principium.*

3. (c) Sunt et alii casus, quibus haeres instituti potior est substituto; quoties scil. haereditas non adita transmittitur in haeredem, modo tum primus haeres testatori superstes fuerit, cum alioqui non possit fieri transmissio. Talis casus videtur; quando Pater suo haeredi vulgariter substituit; nam hoc ipso, quod filiusfam. superstes fuit, patri haeres est factus, *l.* 14. *de Suis et legit. haered. et l.* 11. *de Liber. et post. haered.* utique si non abstinuerit. Quippe substitutio vulgaris non tollit suitatem, ut mox intelligemus, etsi vulgo aliter Dd. Ad objecta respondet Struvius *h. tit. n.* 17. Sed alius mihi scrupulus sedet; Quando Pater substituit filio pupillariter, si tum hic post patrem quocunque tempore moriatur. substitutus haud dubie, excluso haerede legitimo filii, venit. Sed vulgaris expressa continet pupillarem tacitam, et hujus vim ac potestatem habet, *l.* 4. *h.* Ergo filiusf. cui vulgo substitutum est, post patrem mortuus non transmittit haereditatem in legitimos haeredes, quia vi tacitae pupillaris etiam vocatus intelligitur in casum, si *haeres erit, sed ante pubertatem morietur. d. l.* 4. juncto *pr. Inst. de Pupill. subst.* Si haec ratio valet, ut mihi videtur, casus hujus theseos referendus est ad liberos non suos, qui jure novo jus immediatum transmittendi habent. ex *l. un. C. de his, qui ante apert. tab. l.* 11. *C. de suis et legit. haered. l. un.* §. 5. *et* 13. *C. de Caduc. toll.* Hi non sunt capaces substitutionis pupillaris, quae patriam potestatem supponit, ideoque nec regula, quod vulgaris expressa tacitam pupillarem contineat, ad illos pertinet.

4. (d) Alius casus est in *l.* 84. *de Adquir, haered.* (†) ubi filiusfam. non potuit adire; quamdiu venter praeteritus non est editus. Nam si interea moriatur, haeres ejus substituto praefertur, ideo, quod haereditas necdum delata fuit; at primo haerede mortuo, ad secundum institutio propagata fuit. *d. l.* 84.

SCHOLIUM

(†) *In quo Wissenbach. etiam haeredem instituti substituto praeferri asserit, quod Auctor hic quidem probat, sed alium a priori casu hic contineri statuit, quod agnoscimus. Caeterum, uti Wissenbachius ab hoc*

(c) *Pos.* 7. 8. *et* 10. (d) *Pos.* 9.

(1) *Quos merito dissentire putem. Dissentire quoque Vinnius* ad §. ult. inst. de vulg. substit. *ubi rationes Duareni contra sententiis refutat.*

ad priorem casum non argumentatur, ita differentia, quae est inter hos duos casus, tanta haud est, ut identitatem decisionis labefactet.

RESPONSIO

Nulla discrepandi a Wissenbachio hac parte causa vel animus fuit, ac in seq. exemplo.

N. ADDIT.

Bene est, si Auctor hic a Wissenb. non dissentit, quod putandi tamen causam habebam, quia in positionibus praecedebat casus, quem jam tractat Auctor in n. 5. ubi a Wissenbachio utique dissentit, et cum in positione 9. *respondere voluisset ad rationem Wissenbachii, tum incipiebat positio* 10. Rursum aliud est in casu l. 84. de adquir. haered. *Per hoc* rursum *seductus sum, ut crederem, adhuc eum velle continuare responsiones contra Wissenbachium.*

5. Idem juris esse, tradunt Wissenbachius ad *d. tit. de Haered. instit. th.* 19. et pleniore manu Struvius *d. th.* 17. *Q.* 3. cum extraneus haeres deliberans est mortuus, quasi et tunc vulgariter substitutus excludatur, eo quod deliberandi jus ad haeredem transmittitur, *l. un.* §. 13. *C. de Caduc. toll. l.* 19. *C. de jur. delib.* quam sententiam communiter receptam Struvius adfirmat, ut tamen nec pauciores, nec ignobiliores memoret dissentientes, quos inter Vinnius ad §. *ult. Inst. de vulg. substit.* Ex ratione Juris probandum videtur contrarium, Quando enim haeres extraneus deliberans decessit, existit casus, *si haeres non erit*; quia verum est, deliberantem non fuisse haredem, quo casu substitutus vocatur expressa voluntate defuncti, cum jus illud transmissionis sit ex lege tacitaque defuncti voluntate (in positione 9. irrepsit, *expressa*, quod et Thomasius in scholio advertit) et praeterea non transmittitur jus haeredis, sed jus deliberandi. Atqui substitutus non excluditur per deliberationem, sed per aditionem sive existentiam primi haeredis, quae heic nulla fuit. Struvius adhuc utitur *arg. l.* 3. *in pr. C. de jure delib.* quae agit de suo haerede jus suum transmittente in filium, cui proinde fratrem defuncti cedere oporteat, quod ab hac quaestione est alienissimum. Thomasii scholiis *h. t. ad d. posit.* 9. ex praedictis abunde satisfactum est.

N. ADDIT.

Videbimus, sed postquam in integrum prius restituerimus scholia, de quibus est quaestio, quod hic commode fieri nequit, sine appositione positionis.

Positio 9. *Idem juris vulgo esse traditur* (*D. Wissenbach.* ad tit. ff. de haered. inst. th. 19.) *cum extraneus haeres deliberans decessit, quasi et tunc vulgariter substitutus excludatur; sed contrarium verius videtur, quia institutus non adiit haereditatem,* (g) *et transmissio juris deliberandi, de qua in* l. C. de jur. delib. (h) *venit ex voluntate defuncti expressa;* (i) *et haeres primus hoc casu defecit, neque factus est haeres, quod ad substitutum excludendum requiritur.*

(g) Nec tamen dici potest, quod non adierit, aut repudiaverit, qui jus deliberandi ad haeredes transmittit. Substitutus autem tunc demum venit, si haeres scriptus haeres non erit.

(h) Quam nimirum dissentientes Wissenb. et Struv. *dd. ll.* urgent.

(i) Si haec est responsio ad objectam Auctori *l.* 19. dicam eam potius pro Wissenbachio militare. Si enim transmissio venit ex voluntate defuncti expressa, etiam ex eadem expressa voluntate haeres instituti praefertur haeredi substituto. Fortassis igitur Auctor contrarium dicere voluit, et scilicet: *Substitutum vocari ex voluntate testatoris, transmissarium autem ex lege, adeoque hunc ab illo excludi; vel d. l.* 19. *limitandam esse, ut non procedat in casu, si institutus substitutum habeat.* Est haec responsio non nullius momenti, similem enim Wissenbachii responsionem *ad l. ult. C. de bonis quae liber.* approbavimus *ad posit.* 5. Sed facile tamen regeri potest, 1. Quamvis transmissarius ex lege vocetur, non tamen vocari contra voluntatem testatoris, sed rationem legis niti in voluntate defuncti praescripta. 2. Quid hoc loco non destituamur extensione authentica ipsius Justiniani *in l. un.* §. 5. et 13. *C. de caduc. toll.*

His praemissis firmum manet Scholium (*lit. g.*) *positum. Nam conditio si haeres non erit, resolvitur in duos casus: Si haeres esse nolit, et, si haeres esse non possit. Prior casus non extitit, quia noluit contrarium, imo impetrando spatium deliberandi jam magis inclinavit ad voluntatem, quam nolutitatem. Neque enim dici potest, casum, si non possit, hic non obtinere, postquam lex jus deliberandi defuncti haeredibus concessit, ut adeo, si ipsi adeunt, ex hoc beneficio legis censeatur defunctus ipse adiisse. Deinde verum quidem est, quod expressa voluntas contraria praecedat voluntatem tacitam contrariam, sed partim hic in questione est, an expressa voluntas substitutionis obtineat in hoc casu, de quo quaestio est, (ita ut si regula recte debuisset applicari, oportuerit ita scriptum esse in testamento: Si Titius haeres non erit,*

etiamsi tempore deliberationis moriatur, Cajus haeres esto. Tum vero haud dubie Cajus excludet Titii haeredes;) partim hic non agitur de voluntate tacita, sed de voluntate a lege praesumpta. (ut jam notavi in Scholio lit. l.) cujus fortior efficacia quam voluntatis tacitae, per ea quae latius supra notavimus de differentia voluntatis tacitae et praesumptae, in nova addit. ad tit. de procurat. ex defens.

6. Postremo quaeritur, si primus haeres sit minor, isque adierit haereditatem, an si postea restituatur, substitutus admittatur quasi haeres non fuerit, an legitimus vocetur, quia primus haeres fuit et substitutio simul expiravit. Pro substituto, ut communiore sententia, disserit Struvius *d. th.* 17. Contrarium teneri Zoes. *ad h. t. n.* 13. Perezius *ad h. tit. C. n.* 7. aliique, in utramque partem citati a Struvio. Ex ratione juris, non videtur substitutus admitti, quia minor semel haeres factus est aditque haereditatem, quo facto vulgaris substitutio expirat. *l.* 5. *C. de Impub. et al. subst.* Nec quidem secuta restitutio facit, ut haeres esse desinat. *arg. l.* 43. §. 3. *h. t. l.* 80. *in fin. de Adquir. haered.* In effectu quidem amittit bon. et actiones, adeoque jus haeredis, perinde ac si mortuus esset minor, qui ab aditione restituitur: Sed cum neque post mortem, aditione semel commissa, substituti jus reviviscat, nihil est causae, cur id per restitutionem fieri dicendum sit: plura *laudati auctores.* (1) Casum alium qui est in §. *ult. I. de vulg. subst.* et *l.* 40. *de haered inst.* satis ad *d.* §. *ult.* prosecuti sumus.

7. (e) Wissenbachius noster, secutus nescio quos, *th.* 24. *ad h. tit.* requisitum pupillaris substitutionis inculcat, *quod aditam oporteat esse haereditatem ex testamento paterno*, alioqui pupillariter substitutum non admitti ad successionem; quod etiam totidem verbis in *l.* 2. §. 1. *h. t.* ab Ulpiano sit scriptum. Id tamen ut praeceptum generale positum, a terminis juris alienum est, quia pupillaris substitutio non convenit, nisi filiis in potestate positis, qui nunquam *adeunt*; hoc enim extraneorum est. §. *ult. Inst. de Haer. qual.*

SCHOLIUM

Immo non est a jure alienum. Nam revera Auctor a Wissenbachio non dissentit, nisi in his paucis. Wisseub. regulam format; Aditam esse oportet haereditatem ex testamento paterno, ut valeat substitutio pupillaris; *scilicet,* Si pater instituerit extraneum haeredem. *Excepit postea ab hac regula*; Si suus haeres quis patri extiterit, *et nimirum fuerit institutus. Auctor contra in posit.* 11. hic *exceptionem Wissenb. loco regulae ponit, et regulam loco exemptionis, quod in praesenti quidem casu perinde esse arbitror.*

RESPONSIO

Non magnae operae pretium est in hoc quaesito. Sed quia Praeceptoris nostri labores Auditorum nostrorum manibus teruntur, monendos putavi, ne in principia juris impingerent, aut se intricarent. Si quod Thomasius addit, a Wissenbachio additum fuisset, admonitione opus non fuerat. Praeceptor ille noster regulam ponit generalem, verbis generalibus de substitutione pupillari. Hanc vult Thomasius intelligi de casu, Si pater instituerit extraneum haeredem, *qui casus exceptus et rarus. Ab hac tamen regula de casu extranei haeredis instituti laudat Wissenbachium excipientem casum*, si suus haeres testamento sit institutus; *Sic enim habent verba Wissenbachii excipientis. Quid magis* ἀσύστατον, *ne dicam contradictorium? Ut ex* seqq. *patet.*

N. ADDIT.

Initio non bene fecit Auctor, quod scholia nostra truncaverit et plurima omiserit, tam ad praecedentia textus verba, quam ad ea, quae in hac controversia sequuntur, pertinentia, quae itaque coacti sumus, ad vim disputationis eo fortius imprimendam. jam per modum novarum additionum adjicere. Ad praecedentia pertinent haec duo. Ad verba. Quod pupillaris Substitutio non conveniat, nisi filiis in potestate positis, *dixerant. Sed tamen non necesse est, ut hic instituantur, sed possunt exhaeredari, et extraneus institui, et ad verba*, qui nunquam adeunt; *quod supposito isto casu, extranei aditio non sit necessaria. Nunc videamus, quid Auctor respondeat. Ubi* 1. *obscuritas Wissenbachii postulabat quidem admonitionem, qualem ego dedi, sed non correctionem et contradictionem, praeprimis cum vix subsit obscuritas. II. Quod vero addit Auctor,*

(e) *Pos.* 11.

(1) *His adde Bartin. Chesium, qui* lib. 2. Interpret. jur. cap. 21. *probat: ne quidem substitutum admitti, si suus haeres se abstineat, quae etiam est sententia Theophili* pr. inst. de pup. substit. *Textum autem in* l. 44. de re judic. *exponit Vir acutissimus, de casu quo bona ad substitutos pervenerunt, non vi vulgaris substitutionis quae facta fuit pupillae, sed de casu quo substitutus fuit cohaeredibus pupillae, quibus repudiantibus, substitutus eorum portiones agnovit. Quo casu, si postea pupilla se abstineat, optio ei defertur, ut aut totum agnoscat, aut a toto recedat.* l. 55. de adquir. vel omitt. haered.

contradictorium esse, quod dixerim, Wissenbachii regulam intelligendam esse de haerede extraneo, et tamen simul laudaverim exceptionem ejusdem de suo haerede, aliquid inferret, si dixissem, regulam Wissenbachii expresse mentionem facere extranei, tum enim exceptio non foret de casu regulae. At cum dixi, regulam Wissenb. esse exponendam de extraneo, adeoque casum extranei tacite subintelligi, nulla est contradictio, quod limitationem regulae fecerim de suo haerede. Nam limitatio regulae testatur de sensu ejusdem.

Etsi enim adeundi verbum improprie sumptum dicas, pro *miscendi*, † ne ita quidem procedet ea regula, quia immixtio haereditatis non requiritur ad effectum pupillaris Substitutionis. Perinde enim est, utrum filius abstineat, an agnoscat. ad *tit. Inst. de pup. subst. n.* 4. *pag.* 218.

N. Addit.

† *Non opus est hoc effugio, ob dicta in scholiis praecedentis.*

Et tamen, quod mireris †, iidem Auctores (*d. thes. Wissenb.*) ab hac regula; *Aditam oportet esse haereditatem, ut valeat substitutio pupillaris*; excipiunt casum inter alios, *si suus haeres testamento sit institutus*: Etenim me aut omnia fallunt, aut substitutio pup. nunquam habet locum, nisi in haeredibus, †† qui sint in potestate Testatoris: prorsus ut illa regula et exceptio praeposterae videantur.

N. Addit.

† *Cessabit et haec admiratio, si scholia praecedentia perpendas.*

†† *Habet tamen etiam locum, si hi haeredes exhaeredentur, quod pro Wissenbachio sufficit*

At Ulpiano quid faciemus in *d. l.* 2. §. 1.? Diximus, quam Ulpianus ibi proponit, hanc esse exceptionem. Nempe Regula sit talis, In substitutione pupillari nihil refert, utrum filius institutus se misceat, an abstineat. Exceptio haec; Quod si pater priore loco extraneum fecerit haeredem, aut cohaeredem, filioque tamen substitutum dederit, ut facere potest, §. 4. *I. h. t.* tunc non valet pupillaris substitutio, nisi adita sit haereditas. Agere Ulpianum † de casu quo Pater extraneum instituit, primo liquet ex verbo *adeundi*; Dein quia tractat in *d.* §. 1. hanc quaestionem, an Pater possit sibi aequa ac filio, separatim scribere haeredes. Quae quaestio vix potest habere locum, quando pater ipsum et solum filium relinquit haeredem. Adde *Legem* 11. §. 1. *ad Sc. Trebell.* †† et Cujacium 26. *obs.* 4.

N. Addit.

† *Hoc acceptamus pro Wissenbachio. Nec enim hic aliter regulam suam intelligi voluit.*

†† *Et ad hanc ipsum Wissenbach.* d. l.

8. (f) Substitutio, ut dictum, Pup. † expressa continet vulgarem tacitam, quia cum pater totis XIV. annis filium noluerit esse intestatum, multo minus ab initio voluisse videtur. †† Eaque ratio evidentior est, quam quae pro altera regula affertur, *quod vulgaris expressa contineat tacitam pupillarem*, quod tamen magis extra controversiam collocatur ab Interpp. vid. Vigl. *ad pr. I. de pup. subst.* Nam casus, *si haeres non erit*, valide satis deficere videbatur, quando filius jam per aliquot annos patri eum effectu haeres fuit, ut tamen vi regulae hujus, eo deficiente, substitutus, qui vocatus erat, *si filius haeres non esset*, jam quoque admittitur.

Scholium

† *Disputat hic adversus eos, qui admittunt, vulgarem expressam continere tacite pupillarem, negant vero pupillarem expressam continere tacite vulgarem, verba, ut videtur*, l. 4. ff. et C. h. t. *nimis captantes.* vid. Struv. h. t. th. 22.

†† *Hoc non capio.* * *Evidentius, ut puto, dicemus cum Struvio; Si testator voluit substitutum esse haeredem, filio sibi succedente, multo magis voluisse praesumitur, filio abstinente.*

Responsio

Lectoris judicio libens committam, utra sit evidentior ratio, ne verba gratis teramus: praesertim, quia super hoc articulo jam diximus ad Inst. num. 3. *pag.* 218.

N. Addit.

Fiat. Submitto et ego rem totam judicio Lectoris.

(f) *Pos.* 12. *et* 13.

* Si nostram licet post tantos viros sententiam dicere, Struvii ratio non satisfacit, utpote quae mortis casum non continet, et alia iterum quadam ratione indiget. Poterat dici, voluisse patrem pupillari substitutione animum substituti et ejus benevolentiam pupillo suo conciliare, ut per teneram aetatem habeat patronum, qui personam bonaque tueatur, noluisse haec omnia; si filius ante patrem moritur, et cessante ita diligendi substitutum ratione, praetulisse dilexisseque haeredes legitimos. Inflectamus paululum Huberi rationem et planius dicamus, patrem, qui tam longa providentia praecavere voluit, ne filii, cum pater moribundus testatur, forte nondum anniculi haereditas, per quatuordecim fere annos ad causam intestati redeat, multo magis voluisse, eadem intestati fuga, substitutus sibi ut sit haeres, vulgari ratione, et ut praeferatur statim legitimis haeredibus, quem post mortem per omnem filii aetatem pupillarem praeferri voluit.

Adde, quod si conditio vulgaris substitutionis non extendat se ad pubertatem, tunc non possit habere usum, quam filio ante testatorem mortuo, quem casum turbatae mortalitatis non videtur spectasse; Etenim filiofam. superviveote, nullo modo poterat deficere conditio, *si haeres non erit*: quia filiusfamil. est haeres ipso jure atque necessarius: Nam substitutio vulgaris non tollit suitatem, neque ex necessario facit voluntarium haeredem, ut Dd. sine juris auctoritate volunt; Verum, quando pater de filio ait, *si haeres non erit*, tum non spectat utrumque casum, si *aut non potuerit*, *aut noluerit*; sed juxta terminos habiles legum id est accipiendum, *si vel non potuerit morte praeventus ante me*, vel deie emancipatus *repudiaverit, aut etiam abstinuerit*, quod tantum scilicet est juris praetorii. Ita fere et Sand. *lib.* 4. *tit.* 3. *def. un.*

Scholium.

Mallem, ut termini, haeredis voluntarii *et* necessarii, *huic quaestioni plane non immiscerentur. Quaeritur enim, an per substitutionem vulgarem filiofam. factam, desinat esse* suus? *Hoc est, an fiat* extraneus; *Et ita adire haereditatem debeat, si velit haeres esse et substitutum excludere, an vero sufficiat sola ejus existentia, et non facta abstentio? Videntur equidem Dd. plerique, qui hanc controversiam tractant,* voluntarium *haeredem et* extraneum *sumpsisse synonymice. Sed profecto haec usurpatio facit, ut eos, et auctorem quoque cum Sandio, ex quo Posit. haec desumpta, collatum, quid docere velint, vix intelligas. Distinguit haec equidem Struvius* d. th. 15. Vulgarem substitutionem facere quidem ex filio haeredem *voluntarium*, salvo tamen jure *Suitatis* manente; *asserens: quo pacto eadem re ipsa ejus cum auctore videtur esse opinio. Sed nescio, an et haec locutio tolerari possit. Quod enim filius sit haeres voluntarius, id non facit substitutio vulgaris, sed facit jus Praetorium.*

Responsio

Qui subjectam casus speciem, in qua usus rei exhibetur, consideret, videbit mentionem voluntarii *et* necessarii *abesse non posse. Talis conditio*, si volet, haeres esto, *facit ex necessario haerede voluntarium.* l. 12. de condit. instit. (*non solum igitur jus Praetorium, ut in scholio.*) *Substitutio vulgaris*, si haeres non erit, *continet utrumque casum*, si nolit: si non possit: *vulgaris substitutio arguit haeredem voluntarium*, *si persona haeredis*, *voluntariae qualitatis sit capax. Si non sit*, *verba*, si haeres non erit, *ad alteram speciem*, si non possit, *referenda sunt. Et cum suus haeres non sit capax voluntariae qualitatis*, *nihil opus est*, *ut illum his verbis voluntarium fieri statuamus, quia verba* si haeres non erit, *capiunt alium sensum, si non possit esse haeres. Non possunt igitur*, *neque debent*, *separari suitas et necessitas*, *nec qualitas extranei et voluntarii*, *ut vult Struvius*, *et magis adhuc Thomasius.*

N. Audit.

Jus praetorium opposui in Scholio substitutioni vulgari, *unde male Auctor*, *dum me notare vult*, *hanc locutionem opponit* l. 12. de Condit. instit. *ubi de substitutione vulgari non agitur. Reliqua, quae de sensu substitutionis vulgaris suo haeredi adjectae addit Auctor*, *repetunt saltem dicta in textu, ad scholium vero meum nequaquam respondent.*

Speciem facti, quae comprehendit usum rei, subjiciemus παραφραστικῶς e. Sandio *d. lib.* 4. *tit.* 3. *def. un.* Filia abstinens haereditate patris ob aes alienum, petit avitam haereditatem, ut vulgariter substituta patri suo, qui quidem non miscuerat se bonis paternis, at nec abstinuisse probabatur. Filia sic ait; *pater meus non fuit haeres avo meo*, *Ego substituta sum*, *in casum si haeres non erit*; *Ergo ad me bona spectant* Creditores patris ejus respondent, *Tuus pater fuit ipso jure haeres suo patri*, *et sic bona ei adquisita fuere*, *nobisque in ea competit actio*. Filia replicat; *pater meus accepit me substitutam in casum*, *si haeres non esset, hoc est, si nollet vel non posset adire.* l 3. *C. de Haered. instit. Ergo non fuit necessarius*, *sed voluntarius haeres*, *et quia non adiit*, *haeres quoque non fuit.* Creditores duplicant, *Imo mansit haeres necessarius*, *et sic bona quaesivit ipso jure*, *sine facto aditionis vel immixtionis.* Inde resultat τὸ κρινόμενον, ut veteres, sive punctum, juris decisorium, sicut hodie loquuntur; An vulgariter substitutus, ex suo necessarioque fiat extraneus et voluntarius haeres. * Nam inde pependisse statum controversiae, testatur Sandius in his verbis; *Cujus quaestionis decisio dependet ex alia inter Doctores controversia; nempe, an filius hic censeatur ipso jure*

* Forte rectius τὸ κρινόμενον ita formabis, An filius suus et necessarius haeres; ideo, quod ei vulgariter substitutum est, pro extraneo et voluntario habendus sit, an potius suitas substitutionem exstinxerit. Et ita etjam Sandius *ad leg. verbis.*

haereditatem patris absque immistione (*de hac non constabat*) *adquisivisse*, *adeoque quod existentia sui haeredis*, *quam Graeci ἀνεφορὶν vocant*, *substitutio vulgaris extincta sit*, *an vero filius iste ob substitutionem vulgarem habendus sit pro haerede voluntario*, *ideoque substitutioni locus sit factus*, *cum filius haereditatem non probetur adivisse etc.* Judicatum est, ut supra diximus, filium mansisse necessarium haeredem; non factum esse voluntarium, et sic bona ei adquisita fuisse, quae proinde Creditoribus ejus essent obnoxia. Haec vicinis pragmaticis subtilia, forte an et inania viderentur.

9. COLLATIO USUS HOD. Utrumque titulum de vulgari et de pupillari substitutione, una litura delet Groenewegius; et quidem de priore tribus nec pluribus ita sit; *non est in usu*; de altera sic inquit; *moribus hodiernis*, *singulari illa patria potestate, quae Romanorum civium propria fuit*, *ejusdemve peculiaribus effectibus obsoletis*, *pupillaris et exemplaris substitutio in desuetudinem abiit.* De vulgari miror, qui id Jurisconsulto in mentem venire potuerit, cum nihil in ea sit, quod hodiernis moribus aliter obtineat, quam jure Romano traditum est. Quid enim votat ita dicere in testamento; *Uxor haeres esto*, *si haeres non fiat, vel si ante moriatur, frater haeres esto*. vel simili formula? Non modo nihil obstat, sed omni die sic etiam instituitur, ne quis id fideicommissum esse putet, uti mox videbimus. D. Voetius, etsi non autumat usu fori vulgarem substitutionem esse sublatam; id tamen se lubenter agnoscere fatetur, raro his diebus fieri substitutiones, nec amplius opus iis esse, cum per fideicommissa consequamur idem, quod Romani per substitutiones agebant, ad *fin. tit. Inst. de vulg. subst. et ad tit. sequ.* §. 9. *num.* 5. Imo nihil mutationis invectum esse ex sequentibus patebit.

10. Praeter Quartam Trebellii, quae ex fideicommissis deducitur, non e substitutionibus, haec etiamnum intersunt. Vulgaris fit in casum haeredis primi non existentis. *pr. Inst. h. l.* 8. *C. de Impub. subst.* Fideicommissaria substitutio, in casum, si primus haeres fiat, ut tum post tempus vel post mortem, bona ad alium perveniant. §. 2. *et* 3. *Inst. de fideicomm. haered.* Pupillaris hoc modo; *Filius haeres esto*; *si ante pubertatem moriatur*, *Alius haeres esto*; Fideicommissaria numquam fit hac forma, *ut Alius sit haeres*; sed ut *bona* testatoris a primo ad Alium *devolvantur*.

11. Hinc oritur differentia in usu et effectu, *primo* inter vulgarem et fideicommissariam. In illa substitutus non succedit primo haeredi, verum Testatori, quia primus haeres, qui scriptus erat, in hac hypothesi non fit haeres; substitutus non admittitur, si primus adierit haereditatem, vulgaris enim substitutio per aditionem extinguitur. *d. pr. Inst ibique omnes Interpp. l.* 5. *C. de Impub. subst.* Ex adverso in fideicommissaria secundus semper succedit haeredi primo, neque secundus admittitur, nisi primus adquisiverit haereditatem; fideicommissarius enim suum jus a fiduciario consequi debet; Fideicommissum ita fert, ut bona devolvantur et perveniant de fiduciario sive primo in secundum haeredem, quod fit mediante restitutione; haec autem intelligi non potest, nisi primus haeres bona adeptus sit. Sand. *l.* 4. *tit.* 5. *def.* 1. Quapropter, si fiduciarius, a quo bona pervenire debebant ad fideicommissarium, ante hunc excedat *e* vivis, ipso nihil juris obtinere potest, cum vulgaris substitutio tum demum vel maxime usum effectumque habeat, ut diximus in *praelect. ad tit. Inst. de fideicomm. haered n.* 2. *et seqq.* Discrepantia pupillaris substitutionis a fideicommissaria, in hoc est evidentissima; quod pupillariter substitutus fiat haeres pupillo; proinde cuncta ejus bona adipiscatur, non modo quae a patre Testatore habet, sed etiam materna, aliaque adventitia; cum per fideicommissum Testator de suis tantum bonis disponere possit. §. *ult. Inst de Pupill. substit.*

12. Sed discrepantiae priores, quibus substitutio vulgaris a fideicommissaria distinguitur, ita comparatae sunt, ut non videam, quo pacto negare possint homines, qui vim utriusque substitutionis intelligunt, vulgarem adhuc usum habere in judiciis. (g) Tu dices, nonne fideicommissaria substitutio ita concipi potest, ut vulgarem comprehendat? Non est quod negemus. Quid enim si testator ita dixerit; *Uxor haeres esto*, *post mortem uxoris frater haeres esto*: haec verba casum utriusque substitutionis exprimunt; sive enim uxor ante testatorem moriatur; sive postquam adiit haereditatem, ex sententia verbisque testatoris frater indistincte vocatur. Possunt verba concipi, quibus utraque substitutio, vulgaris et fideicommissaria contineantur. Sed ideo non sequitur, illas in se non discrepare, nec effectus adhuc habere distinctos. Exemplo rei judicatae id illustrabimus, ex quo patebit, quantum intersit, formula vulgari an fideicommissaria testator utatur. Titia extremo aegrota, dixerat in testamento, *liberi haeredes sunto*; *si morientur sine liberis*, *bona*, *quae a me ad eos pervenerint*, *devolvantur et succedant in Wilhelmum maritum meum*, *quem in hunc casum substituo*. Accidit, ut Liberi omnes rapido·

(g) *Pos.* 6. *lib.* 36. *tit.* 1.

ante matrem extincti sint morbo. Pro marito disputabatur, extitisse casum quod uxor bona sua devolvi cuperet ad maritum, *si morerentur sine liberis*: Idque ille obtinuisset, si nihil aliud dictum esset, quam *si liberi morientur.* Sed Curia censuit esse fideicommissum in his verbis; *Bona quae a me ad liberos pervenerunt, devolventur* atque *transibunt etc.* Nam quoties devolvendi et *perveniendi ab uno in alium fit mentio*, totics fideicommissum intelligitur, ut Sand. *d. def.* 1. demonstrat. Si proinde illa verba abfuissent, nihil causae erat, quia pro substitutione vulgari potuisset haberi. Sed ista supponebant adquisitionem a liberis factam, qua non facta, devolutio et restitutio facultatem amiserat; cum absque illis verbis substitutio vulgaris fuisset, quae maxime liberis ante matrem extinctis locum habuisset. In illa igitur specie, mulier judicata est intestata decessisse, repulsa marito. Inter haeredes *Wijbiae Bruinsma, e Wilhelmum Fabricium, Pastorem Wijnamensem. d. Maji* 1678, Satis igitur apparet harum substitutionum usus diversus neque tollitur exinde, quod in eum modum concipi queant, ut formulae utriusque conveniant: Nec enim Testatores sua verba semper, imo raro sic adtemperant, et juris rationes ejusmodi esse debent, ut quibusvis casibus applicari possint.

13. Quod vero attinet ad substitutionem pupillarem, non est dubium, quin haec, ut Romano jure traditur, sublata sit moribus eorum populorum, qui jura patriae potestatis eximia, quae Romanis placuere, non exercent, ac ita non modo Groenewegius, sed et Grotius *lib.* 1. *c.* 6. *n.* 8. *l.* 2. *c.* 19. *in fin.* Gudelio. 1. *de jur. noviss. c* 13. *in vers. quid morib. et lib.* 2. *c.* 5. *vers, adjicio.* Vinn. in §. *ult. n.* 2. *h. t.* testantur. ideoque apud eos populos non potest non videri enorme, patrem de bonis filii adventitiis disponere, quam potestatem substitutio pupillaris ei sine dubio largitur; Si quidem pater ejus virtute, filio testamentum facit, nihilo secus ac si ipse testaretur, *l.* 2. *in pr. ff. h. t.* quin diserte ita scriptum est in *l.* 10. §. 5. *ff. h. t.* Exemplaris substitutio tribuit idem jus Parentibus cunctis, etsi patria potestate destitutis, in liberos perpetuo furiosos, §. 1. *Inst. de pup. sub. l.* 19. *C. de Impub. et al. subst.* Cumque facta sit ad exemplum et per consequentiam *pupillaris*, non est ambigendum, quin ubi haec cessat, ibi et exemplaris is evanescat; sola fideicommittendi licentia parentibus in universum relicta. Groenewег *ad pr. d. tit.* Caeterum, ubi patria potestas cum effectis suis praecipuis adhuc superest, cur ibi illa virtus pupillaris et exemplaris substitutionis sublata dicatur, nihil est causae, quemadmodum usus ejus apud nos indubitatus est.

14. Sed videndum, ne non aliud et quintum substitutionis genus, usu fori invaluerit, nec vulgare, nec pupillare, neque exemplare, denique nec fideicommissarium. Id est hujusmodi; Parentes utriusque sexus liberis suis, in casum *si haeredes erunt*, substituere possunt respectu bonorum propriorum dumtaxat, sine fideicommisso. Ita tradit D. Voetius ad *tit. Inst. de pup. subst.* §. 9. *n.* 5. *vers. Quod spectat.* et dein. *Quin imo, moribus, pater aut mater, filio non tantum impuberi vel furioso, verum etiam puberi et sanae mentis, ratione bonorum a se profectorum, substituere potest in omnem eventum, idque ad exemplum* (dixerat paulo ante) *substitutionis, quae jure Romano filio arrogato facta est, l.* 10. §. 6. *ff. h. t.* idemque Groenewegius *ad d tit. in fine* adfirmat; Ejus a fideicommisso triplex potissimum erit differentia. Prima, quod fiat sine mentione devolutionis, restitutionis, aut aetatis vel temporis, quo liberi morientur sine liberis. II. Quod fiat solis liberis, non extraneis aliisve haeredibus. III. Quod haeres primus eo casu integram haereditatem restituere debeat, sine deductione Quartae ex Scto Trebelliano. Atque ita Hollandiae Curiam olim judicio contradictorio censuisse, narrat *ibi* Groenewegius, sibi relatum esse a quodam ejusdem Senatore digoissimo; Quod ego quidem suo loco relinquo. Rem tutam esse commentitiam, manifesto constat. In militibus sane, quia non prohibitum est illis mori testatis simul ac intestatis, *l.* 6. *de test. mil.* facultas est, eo modo substituere liberis suis, *siquidem hae mente sit miles, ut ea sola velit ad substitutum pertinere, quae a se ad institutum pervenerunt. l.* 10. §. 5. *in fin. ff. h. t.* Sed inde sequitur, in paganis contra se rem habere; nam privilegia militum sunt totidem exceptiones a jure communi. *l.* 1. *in fin. pr. ff. de milit. testam.* Idem in impubere filio adrogato receptum est, *ut ad substitutum ejus ab Adrogatore datum, ea sola pertineant, quae adrogator, ei dedit, d. l.* 10. §. 6. quod ideo placuit quia pater adrogator nihil juris habet in successione filii impuberis adrogati. §. 3. *Inst. de Adoption.* Et quidem hasce duas exceptiones, tradit ibi Jurisconsultus ut exceptiones, quibus amotis, Regula manet immota, quam diximus. Non adeo quintum illud genus substitutionis apud Gentes, quae jus civile non converterunt, in arbitrariam disciplinam, ullo modo admittendum videtur.

15. Ex his jam constat, utramque Substitutionem, vulgarem atque pupillarem etiamnum esse juris usitati, quanquam pupillaris in efficacia sua vulgo minus nota, minusque frequentur usurpata est, quemadmodum et exemplaris; sed vulgaris omni die testamentis inseritur,

maxime in casum, si haeredes ante testatorem decedant. Consequenter, quae de utraque substitutione subtiliter a Jctis veteribus et novis disputantur, apud nos usum reperient; sicut et illa regula, quod expressa vulgaris tacitam pupillarem contineat: vice versa, pupillaris expressa vulgarem tacitam, secundum *l.* 4. *ff. de Vulg. et pup. subst.*

TIT. VII.

DE CONDITIONIBUS INSTITUTIONUM.

I. De Regula, quod haeredis institutio diem non recipit, ejusque usu. II. Objectiones contra istam regulam removentur. III. Temperamenta quaedam illius regulae, ex usu hodierno. IV. De conditione impossibili ex moribus. V. Refelluntur, qui volunt eam vitiare debere institutionem. VI. Inter turpes esse jurandi conditionem, et quare. VII. Positos in conditione, non esse positos in dispositione. VIII. Aliae quaedam Positiones. IX. De implemento illarum. X. Pendente conditione, quis possideat haereditatem.

(a) Superest de capite Haeredis institutionis, tertius articulus pertinens ad modum, quod fit institutio, qui vel ad diem, vel ad conditionem refertur. Primo videamus de die, sive de tempore haeredis institutioni adjecto; post ea. quae *ad Inst.* de utroque hujus Rubricae membro, dicta sunt ad *tit. de Haered. Inst. sub. fin.* memores, etiam alium manere locum de rebus iisdem, in *tit. de condit. etc. lib. XXXIV.* Romano jure sic obtinet; Diem adjectum haberi pro supervacuo, ut perinde sit, ac si pure haeres institutus esset, §. 9. *d. t. Inst.* ut tamen dies incertus loco conditionis habeatur. *l.* 75. *ff. de Condit. et demonstr.* *l.* 34. *ff. de haered. inst.* Nititur haec positio gemina ratione, quae tamen in unam resolvitur: prima, quod haeredis qualitas jure civili indelebilis est, neque temporarium characterem recipit, *l.* 88. *in f. de Haered. inst.* altera, quod nemo paganus simul testatus ac intestatus mori potest, *l.* 7. *ff. de Reg. Jur.* quae ratio prioris quoque rationis est ratio; nam si haeres cum die, non sit haeres ante diem, defunctus foret intestatus ante diem, postea testatus. Quare, qui jam abdicarunt hanc regulam ut obsoletam, *quod testati et intestati qualitas sit irreconciliabilis*, his quoque religio non est adfirmare, quod ex certo tempore, et ad certum tempus, hodiernis moribus, haeres scribi possit, explosa hac in parte juris civilis subtilitate. Ita Grotius *lib.* 2. *cap.* 18. *n.* 34. *et seqq.* aliique plures, quos citat Groenewegius *ad d. locum Grot. et ad d. tit. Inst.* addo Voetium ad §. 9. *d. tit. n.* 2. Hic etiam addit Viglium quasi ita sentientem, posse non haeredem ex die vel in diem institui cum effectu, laudato ejus loco *ad* §. 9. *d. tit.* sed tantum abest, ut ille Nostras ita tradat, ut etiam contra Bartolum invaluisse testetur, *ne expressa quidem Testatoris voluntate, qua se dixerit, nolle Titium esse haeredem, nisi ad certum tempus, impediri posse quominus pro supervacuo adjectus dies habeatur:* Nec video quidquam esse causae quominus id apud nos ita juris esse statuatur.

2. Tu dices; etiam hodie passim paterfamilias potest mori testatus et intestatus, diverso respectu, ut videre licet apud Sandium *lib.* 4. *tit.* 8. *def.* 7. Quidni igitur sublatae sint ejus regulae consequentiae, quae in mera subtilitate consistunt? Ego vero, non cessat, inquam, regula apud nos, nisi quatenus ad hoc institutis aliarum gentium redigimur, ut quando Frisius, agros habens in Omlandia vel Transisulania, testatur; quod ad hos attinet, intestatus mori debet; quia non licet de rebus ibi sitis immobilibus testari. Ejusmodi exempla juri Frisico nihil derogant vel abrogant. Verum, quid si absurdi contrarietatisque non potest absolvi illa Juris antiqui subtilitas, an ne sic quidem ab illa recedemus? Quid enim interest, dicat, aliquis, hactenus, haeredem sub conditione scribam, an *post quinquennium*? Si tu dices, hoc casu, ante quinquennium intestatus fit, ego regeram, perinde casus intestati est, antequam duxerit, testati postquam duxerit uxorem. At hic scrupulus ejusmodi est, ut eximi non possit. Nam in casu conditionis adjectae accidit, ut haec vel deficiat, vel existat. Si deficiat, simpliciter casus intestati est, si existat, testati; tunc enim perinde habetur, ac si ab initio haeres fuisset et conditio retrahitur, *l.* 26. *ff. h. t.* pendente conditione neuter status erat, utique non intestati, quia sperabatur haeres e testamento. *l.* 39. *ff. de Adquir. haered.* Verum si adjectio diei effectum haberet, ante vel post diem, vere atque historice non esset haeres e testamento,

(a) *Pos.* 1. *et* 2.

et die veniente vel durante, fieret haeres, quae res efficeret status oppositus καὶ ἀσυστάτους. Denique, conditio existens retrotrahitur ad tempus aditae haereditatis. *l.* 26. *h. t.* Tempus retrahi non potest, non modo civili subtilitate, sed nec ratione naturali, ut probavimus ad *tit. de Prob. et praesumption. in fin.*

3 Caeterum, si contingat Testatorem usque ad tempus certum haeredem scribere, et ejusmodi verba sint, e quibus colligi possit, enixam esse testatoris voluntatem, ne post eam diem bona penes scriptum haeredem maneant, dicemus idem, quod modo de institutione ex parte vel ex re certa monuimus, *videri haeredem illum tacite rogatum, ut post id tempus bona restituat legitimis haeredibus.* Quod multo proclivius erit, ubi clausula codicillaris adjecta fuerit; quippe cui vim fideicommissi ad omnia, quae testator contra leges voluit inesse, communis schola statuit ac obtinuit, etiam in nostro Foro, ut saepe dictum, et inferius *ad tit. de Codicil.* amplius dicetur. Si vero Testator, sicut plerumque fit, dicat, se post id tempus bona relinquere legitimis haeredibus, eo casu non tam diverso tempore fit testatus ac intestatus, quam fideicommissum apertum constituit, ut perinde *superius dictum.* Quid autem, si ex die certo scriptus sit haeres? Per clausulam codicillarem rursus evenit, ut in ea specie haeres legitimus videatur rogatus, haereditatem, eo tempore elapso, restituere haeredi, et quia vel clausula codicillaris usu fori nostri intelligitur inesse, licet omissa, vel saltem imperfectum testamentum pro codicillo habetur, ut *supra diximus* hac via talis voluntas, utique discrte expressa, semper effectum habet, dic vero simpliciter obiterque adjecta, magis est, ut haeres scriptus statim haeres fiat ex legum praescripto, quod abrogatum non est, nec cur abrogandum sit, ulla ratio esse videtur. Nam etsi regula, sic ait Thomasius in *scholio ad posit. 2. h. t. quod nemini possit succedi partim e testamento, partim ab intestato, non est e dictamine rectae rationis, sed ex sola subtilitate veterum Jurisconsultorum,* ex jure saltem positivo sit, ratione tamen probabili non destituitur. Nam successio ab intestato a lege non potuit aliter ordinari commode, nec habuit aliam causam, quam quod Testator voluntatem suam de eo, quod post mortem suam fieri vellet, non declarasset. Qua declaratione facta, Legis partes hactenus cessabant. Unde lege tacente, sequebatur, voluntatem esse debere generalem: Praeter quod ita compertum fuit, jura regulasque successionis testamentariae atque ab intestato esse tam diversa pugnanteaque, ut non esset Artis concinnae et bene compositae, cujus omnes inter se partes idoneo nexu cohaererent, ea jura regulasque confundere et permiscere, quemadmodum hodiernas gentes, quae jus Romanum pro arbitrio suo probant vel improbant, ejusmodi deformitatis exempla viva praebere videmus. Caeterum, quid intersit, utrum haeredis institutio directe obtineat, an per clausulam codicillarem vim fideicommissi adipiscatur, *inferius ad tit. de Codicill.* videbimus.

4. (b) Quod attinet ad conditionem, bene habet, quod pragmatici nostri jure civili hac parte contenti sunt, ut testatur, pluribus ὁμοψήφων citatis, D. Voetius ad §. 11. *Inst. h. t. n.* 2. Non tamen ita visum plerisque, si conditio sit impossibilis, qualis est, *si coelum digito tetigeris, si Oceanum ebiberis*; volunt enim vitiari haeredis institutionem, ut idem testis est, cum jure civili impossibilis conditio pro non scripta habeatur, institutione haeredis illibata. §. 10. *Inst. h. t l.* 1. *l.* 6. *et l.* 20. *ff. h. t.* Groenewegius *ad d.* §. 10. solemne suum, *abrogandum censeo* inculcat, haud tamen sine ratione, *nam cum omnis suprema voluntas interpretari,* sic ait, *debeat et soleat,* secundum id, quod verisimilius est sensisse testatorem, cujus sola voluntas in conditionibus primum locum obtinet, *l.* 19. *pr. de condit. et demonst. ideo hujusmodi institutionem pro ridicula et nulla habendam censeo.* Adde ex Grotio *l.* 2. *c.* 18. *n.* 31. *quia Romani in Caeteris quoque causis intellexerunt, impossibiles conditiones id quod agitur reddere nullum.* §. 11. *Inst. de inutil. stip.* Bene est, quod in hoc articulo nobis praeit D. Voetius *ad d* §. 11. *n.* 1. qui sic disserit, ut de moribus idem; quod de jure Romano, judicandum putet. Nam inquit, *cum Romani haeredem excusari voluerint, si aut non fecerit, aut fieri non curaverit, quod erat injunctum, et per naturam impossibilis conditio per modum faciendi, dandi, praestandi* non possit impleri, *necdum satis dispicere possum, quo jure, licet non existat impossibilis conditio, a petitione haereditatis repellendus sit haeres. l.* 14. *ff. de Condit. inst. etc.* Addit, *ut quamdiu nec rationibus justis, nec rebus perpetuo vel ut plurimum similiter judicatis convincar, in jure Romano merito acquiescam* Recte.

5. Sed quod illi volunt, hanc definitionem pugnare cum voluntate testatoris, quae tamen in testamentis utramque facit paginam, videamus, utrum magis alienum sit a voluntate testatoris, ut conditio impossibilis nulla sit, an ut haeredis institutio, cui adjecta est impossibilis conditio, vitietur. JCti veteres, summo praediti judicio

(b) *Pos.* 9.

bomines, sine dubio prius erediderunt. Testator condit supremam voluntatem *nunquam redituro arbitrio*, forte in extremis agens, utique de exitu e vita cogitans, voeat septem testes, rogat eos specialiter, ut veliot attestari; cuncta solemnis, quae nusquam majora, religiosa servat, adsperait in tabulis testameoti conditionem natura impossibilem, pone jocandi gratis fecisse, ut sunt bominum ingenie quorundam, numquid hic lusus verborum innocuus faeiet ut reliqua omnis tam graviter, tam prolixe serioque ordinata, collabantur, nonne probabilius et eivilius est, eum dumtaxat impleri noluisse, quod nullo modo fieri posse sciebat? Quod autem in cootractibus idem JCti voluere, conditiones impossibiles vitiare totum negotium, inde repugnantism ipsorum inter sa arguere vanum est. Nam adeo ineptos fingere velle conditores gravissimae artis, ineptiae absolvi non potest. In contraetibus non adhibentur solemnie, non convooantur, non rogantur speeisliter testes, non versatur ob oculos mortalitas, quae res in testamento cumulant praesumptiones, quod Testator minime voluerit nibil agi. Praeterea in contractibus duorum voluntas conjungi colligarique debet, u. obligatio nascatur, sed promiasio et aceeptatio noo possunt impossibilis conditionis vinoulo copulari atque in unum jungi: ideoque in nullitatem abeunt; Ita fere in *l.* 31. *ff. de Oblig. et act.* ratio hujus sententiae redditur; *Quia in ea re, quae ex duorum pluriumve consensu agitur, omnium voluntas spectatur, quorum procul dubio in hujusmodi actu talis eogitatio est, ut nihil agi existiment, apposita ea conditione, quam seiunt esse impossibilem.* Est et haeo ratio; In oontraotibus non injungitur alteri partium ut faciat quod impossibile est, sicut in testamento; quare eum summo judioio veteres JCti sic docent, impossibilem conditionem explicari semper io favorem ejus, eui injunota est, quoniam ei non potest imputari quod in implenda eonditione defecerit. Ubi baec ratio eessat, ibi intelligunt, conditiooem impossibilem facere nullum, quod eonstitutum est, perinde ae in contraotibus. Ergo, si legatum sit relictum sub conditione impossibili adjeeta baeredi, legatum evaneseit et manet penes baeradem, quod deberetur, si conditio impossibilis jure vel facto adjecta fuisset legatario, ob eamdem rationem, quod ipsi non posset imputari negligentia baud impletae eonditionis, *fin. Inst. de legat.* et sic manifesto apparet, quanto judicio eaput hoo juris Romani sit constitutum, et quam sine ratione Reformatores Juris id abolitum veliot.

6 (c) Turpes et illicitas conditiones, aeque ao impossibiles pro non scriptis baberi, notum ex *l.* 9. *et l.* 14. *h. t.* et dietum est ad *Inst. d. tit.* Sed mirum videtur, inter turpes etiam jurandi eonditionem censari, *l.* 20. *de C. et D.* nam quae sub jurisjurandi conditione relinquuntur, a praetore improbantur, ut est in *l.* 8. *pr. h. t.* Jusjurandum scil. quod necessarium non est, merito temerarium et turpe habetur. Quid enim jurando opus, si dederit aut fecerit haeres, quod erat jussus jurare se daturum vel facturum? Hoe enim omnino ipso injungitur *d. l.* 8. §. 6. Adde Wissenbach. *ad h. tit. th.* 2.

7. (d) Huo quoque pertinet notissima regula, quod positi in eonditione non sint positi in dispositione. Proinde qui uxorem feeit haeredem, si filium non reliquerit, is filium praeteriisse videtur, et testamentum est nullum, *l.* 16. §. 1. *de Vulg. et pup. subst.* non obstante *l.* 37. *de haer. inst.* ubi particula e testamento excerpta et institutioni subjecta videtur. Similiter, si quis fratri, si sine liberis deeedat, alium substituat, liberi non sunt instituti, nec proinde jus fideicommissi habent, *l.* 8. *Si quis om. caus. test. l.* 19. *de Haered. inst.* tametsi votum testatoris appareat, ut liberi fiant haeredes, sed non aliter, quam ab intestato, et sic eape *l.* 85. *de Haer. inst.* qua de re, magni lieet usus, non agemus tamen prolixius, quia nihil habemus speciale, post ea, quae scriptores aeademioi et forenses eopiose tractarunt, de quibus videsis Wisseobachium ad *h. tit. th.* 11. et Sandium *lib.* 4. *tit.* 2. *def.* 1. (1)

8. (e) Subjiciaotur aliquot positiones; Haereditas sub eonditione adempta sub contraria conditione dari intelligitur. *l. pen. in fin. h. t.*

(f) Conditio, si volet esse haeres, in extraneo nihil efficit; in necessario baerede facit, ut sit voluntarius, *l.* 12. *h.* cum quo conferendum, quod *supra* dictum *tit. de Subst. n.* 8.

Institutio in arbitrium tertii expresse collata non valet, ut *si Titius volet, Cajus haeres esto*; tacite reete fit; Si Titius in espitolium ascenderit, Cajus haeres esto. *l.* 68. *de haered. Inst. et l.* 52. *de C. et D.* (2)

(c) *Pos.* 9. *et* 10. (d) *Pos.* 7. *et* 8. (e) *Pos.* 12. (f) *Pos.* 12.

(1) *Haec ex ratione juris verissima sunt; attamen apud nos, ex Edicto perpetuo Principum nostrorum de anno* 1611. *Art.* 17. et 18. *positi in conditione, censentur positi in dispositione.*

(2) *Eleganter et solide hanc positionem exponit vir Clarissimus Josephus Averanius* Interpret. jur. lib. 2. cap. 22. et 23.

(g) Si idem in eodem testamento pure, et sub conditione haeres instituatur, institutio pura praevalet, adeo ut conditionalis non valeat. *l.* 27. §. 1. *et l.* 67. *de Haered. inst.*

(h) Haeres institutus, *si decem haeredibus dederit*, tota decem dare debet cohaeredibus, ut conditionem impleat: quamvis, si fundus uni ex haeredibus sub hac conditione praelegatus sit, cohaeredibus partes pro eorum portione dabit, et partem pro sua haereditaria portione retinebit. *l. qui haeredi.* 44. §. *ult. de C. et D.* ubi ratio differentiae.

9. (i) De implendae conditionis modo, egimus *ad d. tit. Inst.* quibus adde, quod implendo impositam conditionem haeres non statim adquirit haereditatem, sed facultatem adquirendi consequitur, *l.* 13. *et l.* 26. *de Cond. inst.* quod aliter in suo haerede, videbimus *infra.* Impleri conditio praecise ac specifice debet, non per aequipollens, adeo ut institutus, si *monumentum fecerit*, paruisse non videatur, si pecuniam alii dederit, ut faciat, *l.* 11. §. *ult. de legat.* 3. quod tamen non impedit, quominus faciendum locet; neque enim suis manibus ut faceret, voluit testator. Modus tamen, per quem conditio implebitur, aequipollentiam, recipit, ut *si per emancipationem sui juris factus erit.* Perinde enim est, si per mortem patris. *l.* 11. §. 11. *de Leg.* 3. *et l.* 3. *C. de Inst. et sub.* Plures conditiones adjectae conjunctim, omnes implendae sunt, ut tamen voluntas potius quam verba considerentur. *l.* 13. §. 2. *et seqq. de Reb. dub.* cujusmodi Sandius exemplum habet; Sempronius haeres esto, si absque descendentibus impubes decedat: non poterat impuberi convenire conditio, *si sine descendentibus*, quia non poterat habere descendentes scilicet; Accepta est igitur conditio ac si scriptum esset, *si decedat impubes, vel sine descendentibus. lib.* 4. *tit.* 6. *def.* 4.

10. (k) Pendente conditione, quis interim possidebit haereditatem? Curatorem dandum esse monet D. Wissenbach. *ad tit. de Haered. inst. n.* 10. ex *l.* 8. *Quib. ex caus. in poss. et l.* 1. *in pr. et* §. 1. *de Curat. bon.* sed hi textus loquuntur de creditoribus, qui servandi debiti causa mittuntur in possessionem, haereditate non edita, quod non minus fit si pure, quam si sub conditione adita sit haereditas. Dicendum igitur, Haereditatis possessionem, conditione pendente, futuram illio, ubi testatore moriente fuit, modo caveatur. Ideoque si penes haeredem sub conditione scriptum fuerit possessio, illic manebit, sub cautione. *l.* 12. *ff. Qui satis cog.* Si penes haeredem legitimum fuerit, apud eundem sub eadem conditione manebit. *arg. d. l.* 12. Nec enim sub conditione scriptus, ante conditionem existentem jus habet petendi haereditatem, quam spes tantum est debitum iri, §. 4. *I. de Verb. obl. l.* 26. *in fin. h. t.* sine praejudicio tamen creditorum, qui sue interesse probantes curatorem bonis petere non prohibentur. *d. l.* 1. *et l.* 8. neque inde discrepant Gailius 2. *obs.* 130. Faber 6. *Cod. tit.* 18. *def.* 6.

TIT. VIII.

DE JURE DELIBERANDI ET BENEFICIO INVENTARII.

I. Remissio, et cur jus deliberandi rarius in usu. II. Quando, ubi, quomodo hoc petatur. III. Beneficium Inventarii negatur, hodie, si alius e cognatis adire velit. IV. De tempore inchoandi et conficiendi inventarium. V. Quid si haeres ante perfectum inventarium res apprehenderit. VI. Modus et forma faciendi inventarii. VII. De interinimento, quod dicitur, Inventarii. VIII. De commodis Inventarii. Haeredem, eo neglecto, non teneri Legatariis ultra vires haereditarias. IX. Officium haeredis, facto Inventario. X. An haeres Inventariensis teneatur arrestis, et Remedia contra abusus hujus beneficii.

(a) Haeredes, sive facto suo, sive ipso jure fiant, in eum statum veniunt, ut defunctum repraesentent, iisdem juribus potiantur, iisdem quoque oneribus, quae defunctus tulerat, subjiciantur. *l.* 8. *et l.* 37. *ff. de Adquir. haered l. ult.* §. 14. *C. de Jur. delib.* Hoc autem quia periculose potest cedere, cum saepe contingat, onera superare commoda Haereditatis, Juris Conditores duo beneficia pro haeredibus introduxerunt, jus deliberandi, et beneficium Inventarii, de quibus ad *tit. I. de Haered. qualit. et diff. n.* 4. *et seqq.* de quibus heic paulo pressius ad usum, agemus. Et est jus quidem deliberandi perum in usu hactenus, ex eo, quod Justinianus ipse in *l. ult.* §. *et haec quidem* 13. *C. de Jur. delib.* sic ait: *Et haec quidem,* inventarii solemnia intelligit, *de his sancimus, qui deliberationem nullam petendam*

(g) *Pos.* 14. (h) *Pos.* 15. (i) *Pos.* 3. 4. *et* 5. (k) *Pos.* 6. (a) *Pos.* 1. *et* 2.

esse curaverint, quam putamus quidem penitus post hanc legem esse supervacuam et deberi ei derogari; cum enim liceat eis et adire haereditatem et sine damno ab ea discedere, ex praesentis legis auctoritate quis locus deliberationi relinquitur? Quod adeo verum est, ut nesciam, an apud nos unquam ante hac petitum sit rarissime nunc exercetur.

Verum, ut Justinianus in *d.* §. *verbis sequentibus*, indulget haeredibus, etsi aegre atque dissuadens, deliberandi jus, ita non est dubium, quin etiam peti possit, nec ratio deest, quare cives id aliquando malle debeant, quam inventarium, non modo quia tum facultates defunctorum oculis omnium exponuntur, sed etiam, quia mos conficiendi inventarium, ex praescripto legum hodiernarum, molestior et contumeliosior, adde periculosior est, quam jure civili dictatum fuit.

Quin si quis vere rem reputet vir, incidatque in haereditatem, cujus facultates ignorat, cui piatque suae mortuique dignitati consulere, cujus in Jure Romano non parva ratio habetur, satius esset, petere jus deliberandi, quam statim prostituere haereditatem publico inventario.

2. Non cogitur autem petere deliberandi facultatem, nisi urgeatur ab iis quorum interest haereditatem adiri, hoc est, a creditoribus * aut legatariis; sine quibus si fuerit, non reperitur ulla praescriptio in Jure, qua ab adeundo excludatur haeres, nisi quae communis est quorumvis jurium et actionum, longissimi temporis, scilicet annorum XXX. *l.* 7. *C. de Haeredit. pet.*

Quando urgetur, peti debet hoc jus a Judice vel a Principe; Apud nos Princeps, hoc est Ordines vel eorum Deputati, in talibus nunquam adeuntur; sed jura minora majestatis, quae ad ordinem judicialem pertinent, ut et alibi videmus, ad Curiam supremam referuntur, ac etsi Judices etiam adiri possint hac causa, ut Justinianus praecipit in *d. l. ult.* §. *haec quidem* 13. non est dubium tamen, quin jus deliberandi hodie a Suprema Curia peti debeat.

Sed a Principe vult Imperator impetrari posse annum, a judicibus novem menses: numquid hac parte Curia judicum, an Principis jure censebitur? utroque sine dubio, nam et judicans partium Curiae est, et principis loco in juribus illis, quae dixi, minoribus majestatis fungitur. Ideoque, prout res fert, dabitur annus vel novem menses, apud Curiam deliberandi causa, vel etiam minus spatium usque centum dies, quod est minimum tempus, *l.* 2. *ff. de Jur. delib.* cui legi non est derogatum per *d. l. ult.* §. 13. Ita ut minimum illud spatium olim ex causa posset repeti, usque dum novem menses vel annus adsumpti fuerint, *l.* 3. *in pr. d. t. ff. de jur. delib.* quod mutatum videtur in *d. l. ult.* §. 13. *in fin.* ubi semel tantum conceditur.

Reliqua ad jus deliberandi pertinentia, petantur e positionibus et Praelectionibus nostris aliorumque *ad* §. 6. *Inst. de Haered. qual. et diff. et ad tit. ff. de jur. delib.* a quibus nihil in usu discrepans occurrit in memoriam.

3. Sequitur beneficium Inventarii, de quo observanda sunt haec tria. I. Jus, quo competit, II. Modus, quo exercetur, et III. Effectus hujus beneficii. De singulis aliquid dictum ad *d. tit. Inst.* sed usus et momentum negotii flagitat ampliorem tractatum.

Quod ad primum attinet, Jure Romano cunctis haeredibus, secundum ordinem quo defertur eis haereditas, datur beneficium Inventarii libere, et absque metu turbamenti ab aliis remotioribus cognatis, ut Justinianus in *d. l. ult. per totum* docet.

Lege recentiore secundum Edictum Caroli V. quod alibi quoque Belgicae obtinet, in Hollandia fere per omnia, sicut in Frisia, teste Grotio *lib.* 2. *part.* 21. *n.* 21. *et seqq.* tum demum hoc beneficium competit, quando nemo de sanguine familiave reperitur, qui pure velit haereditatem adire; talis enim praefertur, licet is, qui vult inventarium facere, testamento sit institutus. *lib.* 1. *Stat. tit.* 18. *artic.* 1.

An et maritus hoc jure potest uti, si uxoris cognati beneficio uti velint? Quomodo apud Sandium legimus relatum accidisse, cum amita defunctae mulieris vellet impetrare beneficium. *lib.* 4. *tit.* 12. *def.* 3. *sub fin.* Non est prolixae res disquisitionis, nec dubiae subtilitatis.

Cum enim illud jus praelationis tribuatur iis tantum, qui de sanguine defuncti sunt, *van den geslachte*, nihil est causae, quare conjuges admittendi sint, etsi aliquando jus succedendi ab intestato habeant, ex Edicto *Unde vir et uxor*; non pertinent tamen ad tres ordines consanguineorum, de quibus agitur in *Nov.* 118. neque proinde ad hunc articulum Statuti: Ut nihil mirum sit ita judicatum esse a suprema Hollandiae Curia, referente Neostadio *Dec.* 7.

Qui pure vult adire atque praeferri, debet hoc indicare, postquam alter petiit literas faciendi inventarii, sed antequam hae legitime fuerint *intimatae*; quod si petitor Inventarii tum velit mutare consilium, qualitatemque puri haeredis induere, non prohibetur: Quidni enim

* Hi vero haeredem Jure Civili intra novem, nostro Jure intra 30. dies urgere non debent. *Nov.* 115. c. 5. Brunn. *d. l. f. C. d. Jur. del.* n. 50. *L. R. l.* 3. *art.* 15. Carpz. *P.* 3. *C* 14. *def.* 15. conf. Disp. Horn. *de Jure diei trigesim.*

eum haeres jam sit, possit omittere, quod in favorem ipsius est comparatum? Atque ita judicatum est apud Sandium *d. defin.* 3. *tit.* 12.

Quod si intimatio in acta fuerit perfecta, beneficiumque inventarii plene sit adquisitum, frustra seroque cognati se fatigant; neque tum quidem e pluribus haeredibus idem jus succedendi habentibus, alter vel quidem offerendo puram aditionem, alterum vel caeteros excludere possunt, ut judicatum est a Curia *inter Barbarnm Reen et Viglium Ayta, ante vigiliam Quadragesimae* 1682.

Praeterea jure civili confectio inventarii et ejus beneficium competit haeredibus ipso jure; ut ipsis debita forma sine venia vel auctoritate magistratus, descriptionem rerum haereditariarum facere liceat; *d. l. ult.* §. 2. sed moribus hodiernis, et secundum Statuta nostra, impetrandum est hoc jus a Principe, vel secundum nostrum stylum, inquit Sandius, a Senatu. *d. def.* 3. *a pr.*

4. Justinianus inventarium vult inchoari intra dies triginta, ex quo haeres scivit haereditatem sibi esse delatam, idem intra dies sexaginta jubet absolvi. *d.* §. 2. *l. ult. C. de jur. delib.* Sunt hic duo tempora observanda, quorum alterum est dierum triginta, dierum sexaginta alterum.

Praefixum est ex eodem Caroli Caesaris edicto, spatium quadraginta dierum ab impetratione beneficii exercendum, intra quod tempus dierum 40., non modo inchoari, sed etiam perfici debet inventarium; *confici curabunt justum inventarium*, habent verba Edicti. Sic quoque Sandius in saepe laudata *defin.* 3. *tit.* 12. utrumque tempus et incipiendi et perficiendi inventarii hisce verbis adstringi, docet *in vers. quidquid sit.* ut adeo beneficium Inventarii suo quidem tempore inchoati, sed non perfecti, amittatur, ut Curia censuit *in causa Luciae F. et Creditorum etc. d.* 20. *Decemb.* 1679.

Sed an sublatum est Statuto isto spatium illud menstruum, intra quod Justinianus inventarium voluit inchoari, *d.* §. 2.? An etiamnum intra mensem utilem impetrari debet hoc beneficium? Abolitum esse, putat Sandius, eo quod spatium *quadraginta* dierum tam incipiendi quam absolvendi tempus spectet, idque demum sit putandum, *ex quo literae sunt impetratae.*

Quidni vero simpliciter ita dicas? Edictum considerat impetrationem, ut principium faciendi inventarii; hoc autem principium, sive haec impetratio quando facienda sit, non exprimit, ideoque sicut omnia in Statutis omissa repetuntur ex jure communi, quid vetat, hoc etiam ex lege Justinianea suppleri?

Instat Sandius: *Casus*, ait, *omissus ex Jure communi, non potest suppleri aut decidi, quia ignorat hunc modum beneficii impetrandi per diploma Principis vel Senatus.* Atqui beneficium Inventarii est ex jure communi. Initium Inventarii tam nunc quam olim, aliquo tempore faciendum est; an haec diversitas modi, quo competit, tollet regulam perpetuae apud nos observantiae, ut Statuta ubique conferantur atque suppleantur ex jure Romano? Unde igitur habemus notabiles effectus illos hujus beneficii, de quibus nihil est in hoc Edicto, nec in toto capite *de beneficio Inventarii.* quod est in Statutis.

Quidquid tamen ex ratione juris disputari queat, non est dubia praxis in eam partem, quam Sandius tuetur: Ideoque non prohibentur haeredes quovis tempore se conferre ad hoc beneficium, nisi creditores eos urgeant; Nam antea dictum est, sicut jus deliberandi, quod cis triginta annos peti potest, ab haerede continuo petendum est, si creditores eum hac gratia conveniant, ita facere possunt, ut haeredes intra certum tempus declarare debeant, utrum puri haeredes, an sub hoc beneficio esse velint; ita Sandius existimare se ait *d. defin.* 3 *in fin.* Novissime Ordines nostri statuerunt, ut Inventarium confecturus, intra tres menses, ex quo haeres scivit haereditatem sibi esse delatam, petat Inventarii beneficium, post illud tempus non admittendum, edicto. *d.* 21. *Febr.* 1685.

5. (b) Ad primum articulum de jure, quo competit inventarii beneficium, pertinet observatio de immixtione facta in rebus haereditariis, antequam haeres inventarii confectionem inchoaverit, vel, ut nostra fert ratio, impetraverit. *Jure communi haeres, qui ante imploratum beneficium inventarii, res haereditarias attrectavit sine dolo malo, propterea non privatur isto beneficio.* verba sunt Sandii nostri *lib.* 4. *tit.* 12. *def.* 6. ubi auctores [illegible].

Verba Justiniani *in d. l. ult.* §. 12. *Sin vero postquam adierint, vel sese immiscuerint, praesentes vel absentes, inventarium facere distulerint, et datum jam a nobis tempus ad inventarii confectionem effluxerit; tunc ex eo ipso, quod inventarium secundum formam praesentis constitutionis non fecerint, et haeredes esse omnimodo intelligantur, et debitis haereditariis in solidum teneantur.* Diserte tum demum ex aditione vel immixtione docet haeredem teneri, *cum tempus ad inventarii confectionem datum effluxerit.*

Aliter Statutum nostrum *d. lib.* 1. *tit.* 18. *art.* 2. formam inventario conficiendo praescriptam, vult observari in omnibus, *priusquam*

(b) *Pos.* 7.

haeredes quidquam de rebus haereditariis contrectent, sive, ut textus habet, *voor dat sy daer van iets sullen aenvaerden*, et adjicitur poena, quod pro puris haeredibus sint habendi, *si ulla bona apprehenderint*, *antequam solemnia Statuto dictata perfecerint.* Palam igitur est, eum, qui res haereditatis apprehendit, implorare non posse beneficium inventarii.

Sed nihilne refert, quo animo res apprehenderit? Certe, si cum animo haeredis eas contrectaverit, non est dubium, quin haeres purus fiat, ex mente Statuti, licet a Justiniano non distinguatur in *d. l. ult.* §. 12.

Sed Contrectatio, quae fit absque animo haeredis, fit vel cum proposito sibi habendi, vel alio innocenti consilio, veluti, si quid pietatis causa fecerit, si quid custodiae causa, si quid non quasi haeres egerit, sed quasi alio jure dominus, putans rem esse suam, hisce casibus non videtur amitti hoc beneficium, modo consilium illud animi probetur; in quem finem, qui ex lege vel e testamento haeredes sunt, recte faciunt, cum tale quid instituunt, si testentur, non animo haeredis se gerere, quae gerunt, sed ita quemadmodum diximus, vide *l.* 20. *in pr. et* §. 1. *de Adquir. vel omitt. haered.*

Propositum sibi habendi, vel cum dolo conjunctum est, vel eo caret. Dolosa contrectatio et ablatio de rebus haereditariis per furtum, duplo mulctatur, in *d. l ult.* §. *licentia* 10. *C. de jur. delib.* supra quam mulctam plerique Doctores opinantur, adhuc amitti beneficium Inventarii, quod tamen recte Sandius *d. lib.* 4. *tit.* 12. *def.* 6. contra disputat, ex mente Justiniani in *d. l. ult.* §. 10. qui vult, haeredem furti convictum, in haereditatem computare duplum ejus, quod surripuerit; neque hoc mutatum apparet in *Nov.* 1. *cap.* 2. Si beneficium inventarii Caesar amitti voluerat, id in eo loco, ubi tota inventarii doctrina ex professo exponitur, collocari debuisset, aut in *d. l ult. aut. in d. N.* 1.

Sed verba Statuti nostri modo relata, dubitare non patiuntur, quin is, qui dolo malo res haereditarias animoque lucri faciendi apprehendit, hoc beneficium amittat, itaque recte colligit Sandius *d. def. in fin.* et judicatum refert; nec ideo minus poena dupli locum habebet, si nostris moribus illae poenae juris civilis, dupli, tripli, quadrupli non essent abolitae.

Quando quis contrectat res haereditarias sine dolo, sicut evenire potest ex curiositate, vel ex opinione, quod aliqua res sibi legata sit a defuncto, numquid is inventarii beneficium amittat et purus haeres fiat, merito ambigatur, et quamquam verba Statuti generalia sic ferre videntur, ut beneficio non possit uti, qui res haereditarias apprehendit, ac ita Sandius *d. def.* res tamen omnino jubet, id ita temperandum, ut innoxiae contrectationes excusentur, non perinde si quae audaciores et suspectiores sint.

Quando Jus dictum est adversus filium, qui, matre defuncta, claves a vicinis petierat, capsaque reclusa chartas haereditarias secum abstulerat, perspectasque dein restituerat, ac insuper ex stola matris nigra vestem sibi lugubrem confecerat, dicens, eam huic rei e matre sua fuisse destinatam, sibi que in eum usum donatam; repulsus est a beneficio Inventarii, *in Causa Tjepke Harmens Piersma cum soc.* contra *Nicolaum Groen. ante natalitia Christi* 1679.

Denique et hoc observandum; Apprehensionem factam post inventarii jus petitum, antequam perfectum sit, semper videri factam cum animo haeredis, quem jam professus est ille; nisi quid custodiae conservandive causa factum esse appareat, ut ex saepe citata *l.* 20. *de Adquir. haered.* superius intellectum est.

6. Sequitur modus, quo fieri debet Inventarium. Justinianus ita praescribit *d. l. ult.* §. 2. Intra dies XXX. post apertas tabulas, vel notitiam delatae haereditatis ab intestato exordium capit inventarium; hoc est, describuntur res a defuncto relictae, *sub praesentia tabulariorum caeterorumque, qui ad hujusmodi confectionem necessarii sunt.*

Quinam illi caeteri? Exponitur hoc in *Nov.* 1. c. 2. §. 1. sunt creditores, legatarii et fideicommissarii, quorumque praeterea interest, aut qui res eorundem agunt; absentibus quibusdam, aut omnibus, testes adhibendi tres ad minimum.

Denique, subscriptionem haeredis, (*praemisso venerabili signo*, synopsis Basilicorum vertit προσκυνουμένου σημείου, *adorabili signo*, ita crescit superstitio) qua continuatur, *et quantitas rerum* in summa, quae possit exprimi, et declaratio, *nullam fraudem esse factam*, *quodque res sub haerede maneant*, atque haec omnia cis sexaginta dies absolvenda sunt.

In quibus articulis mores nostri inde abeant, facile constabit. Primo quidem signi venerabilis nulla mentio apud nos, non quod signum crucis, manu vel calamo factum, sit indignum iis, quibus summa spes et gloria Christus crucifixus; sed minuendae superstitionis causa; siquidem primo tantum *venerabile signum* fuit, ut a Justiniano appellatur; sub Leone, qui Basilica edidit, tribus fere seculis postea, signum προσκυνούμενον *adorandum* est habitum, quod deinceps in infestam idololatriam degeneravit. Ideo Reformatoribus visum satius, hoc signum penitus eliminare ex usu hominum, et inculcare, crucem solis cordibus insculpendam: rectissime; nisi plebs, ejusmodi imitamentis religionum exota,

cum sensu imo non tangatur, speciem quoque religionis aboleret, quod utrum superstitione sit minus malum, habet ἀναθεώρησιν. (1) Facultate Inventarii faciendi impetrata, haeres initium descriptionis facere debet, adhibito apparitore Curiae, aliove ad eam rem a Curia delegato, sub praesentia duorum testium: eamque descriptionem intra dies *quadraginta* perfici oportet.

Ergo ad descriptionem non vocantur creditores et legatarii, sed fides descriptionis in Apparitore testibusque requiescit.

In testibus requirit Justinianus non tantum, ut *sint optimae opinionis, sed et possidentes substantiam. d. N.* 1. *c.* 2. §. 1. Statutum nihil addit de qualitate testium, ideoque sufficiunt fide digni, quibus in judiciis, in testamentis, aliisque publicis actis, fides haberi possit ac soleat: Quanquam sane momentum rei non respuit accurationem Caesaris, ob periculum fraudis, quam haeres praetextu inventarii cum apparitoribus machinari posset: haud temere enim hodiernis Apparitoribus applicare possis, quod Imperator ait de tabulariis *in d.* §. 1. *Tabulariis enim solis, quantum ad hoc competit, non credimus*; quorum ideirco fides qualitate nec non gravitate testium, merito sustinenda videatur, maxime cum hi quorum interest, ad descriptionem non vocentur.

Subscriptio haeredis ad amoliendam malitiae suspicionem, (quam Caesar adeo necessariam statuit, ut, si haeres scribere nequeat, specialis tabularius ad hoc sit adhibendus) ab *Statuto* non exigitur, verum ejus loco jusjurandum quod haeres publice apud acta praestare debet, fungitur; etsi Justinianus ultra subscriptionem, haeredis ipsius testiumque juramentum injungat. *d. N.* 1. *C.* 2. §. 1.

Describenda sunt bona tam mobilia et immobilia, quam nomina et obligationes, non etiam aes alienum aliave onera, quorum recensionem lex Justiniani atque Statutum non requirit; nec opus est; dum sufficiat creditoribus scire, quid vires haereditariae, unde satisfaciendum est illis, ferant.

Descriptione durante, nihil Inventarienses pro haerede gerere debent, non vendere, non locare res haereditarias, si fecerint, pro puris haeredibus habentur, ut monere jam occupavimus, ac ita sine haesitatione jus dicitur, et memini dictum haud levi detrimento eorum, qui formam statuti neglexerant; ea credulitate, quod impetratis inventarii faciendi literis, putabant, innoxium sibi fore, si quid facerent non animo diminuendi, sed administrandi: salva scilicet in integrum *restitutione* pro iis, quibus haec jure competit.

His omnibus intra quadraginta dies absolutis, haeres curare debet, ut res haereditariae mobiles aestimentur ab hominibus juratis, qui aestimationibus faciendis a Magistratu cujusque loci, ubi jacet haereditas, sint praepositi. Consequenter cavere debet, illud pretium creditoribus et legatariis praestitum, caeteraque bona recte custoditum iri, quae cautio cum praetoria sit atque extrajudicialis, per fidejussores confirmanda est *arg. l. 7. ff. de Praetor. stipulat.*

Justinianus ejusmodi cautionem diserte non requirit, sed ex eo quod expressit, colligi potest, eam esse necessariam, cum ait, haeredes inventarienses teneri, *in quantum res substantiae ad eos devolutae valeant.* Valor autem non potest haberi sine venditione vel aestimatione, sed ad venditionem haeres non tenetur, quia dominus rerum est, ideoque potest eas retinere, si velit; atque tum res loquitur, aestimationem esse faciendam, cum aliter haberi non possit valor. Novo Ordd. Decreto, debet cavere pro fideli administratione et conservatione, non modo rerum aestimatarum, sed omnium bonorum, quae cautio publicis actis inseratur, ejusque copia fiat Creditoribus, sub poena *haeredis puri. Edict. d.* 21. *Febr.* 1685. *art.* 2.

Quid igitur, an haeres, si malit in continenti publica auctoritate res vendere, priusquam eas contrectet, nonne potest? Nulla causa dubitandi videtur; cum aestimatio saltem hoc fine fiat, ut valor constet, quem per venditionem immediate consequimur. Proinde non consensu quidem creditorum ad hanc venditionem opus esse videtur; sed tutius est hunc adhibere, vel si recusent, judicis auctoritatem implorare; quin plerique, licet creditores consentiant, tamen et Curiae adsensum petere solent, ob religionem *Statuti*; cujus verba sunt de aestimatione, neque venditionis meminerunt, tametsi utique non injungant aestimationem, sed

(1) *Haec calumniosa objectio, cultum Catholicorum esse infeste idolatricum, dum se prosternunt ad aspectum imaginis Christi crucifixi, et signum Crucis venerabile vel adorabile vocant, saepius refutata fuit: quid enim, an Catholici ipsam effigiem, vel ipsum lignum aut lapidem adorant? Illi, inquam, qui semper docent cultum latriae soli Deo exhibendum esse? Non dubitem quin sectarii ipsimet apprime norint, Catholicos non ipsam imaginem, sed Jesum Cristum Crucifixum adorare, dum ejus effigiem venerantur; soli sectarii cultum hunc ut superstitiosum ac idolatricum eliminare conati sunt. Mitior hac in re fuit Antesignanus eorum Lutherus, qui in tractatu suo de Missa privata* T. 7. 2. 6. et seq. edit. ann. 1534. *imagines Christi Crucifixi non abolendas, sed retinendas censet, Romanamque Ecclesiam laudat, quod eas semper conservarit ut monumenta pietatis, quae in fidelibus excitent memoriam Dominicae passionis. Vide Bossuet* hist. des variat. livre 3. n. 60.

eam permittant in *fine d. artic.* 2. ubi, *sub qua cautione licebit illis frui bonis praedictae haereditatis.* Ergo supponitur venditio esse licita, et aestimatio defectu ejus introducitur.

Quaesitum ex facto, si descriptio duraverit ultra dies quadraginta, eum bona diversis locis sita essent, an haeres beneficium amisisset; et judicatum fuit amittere. Nam ait Statutum, *Haeres curare debet inventarium confici intra dies XL. post impetrationem literarum. Quo facto, fieri debet aestimatio* etc Quae verba negotium perfectum, non inchoatum significant; praeter quod absurdum foret, si cum nullum tempus sit, quo peti debeat inventarii beneficium, ne quidem foret ullum tempus, quo absolvi deberet.

Quod si res sint tam multis tamque dissitis locis sitae, ut intra tempus Statuto praescriptum describi nequeant, ampliatio a Curia peti posset: Etiam vero, si tempestate hyemali similibusque gravibus causis, impediti fuissent haeredes, restitutio in integrum contra lapsum temporis vix posset negari. Quaesitum fuit, an descriptio facta statim a morte, Judicis officio, ut fit, ubi haeres non adest, vel minor est, non sufficeret pro Inventario; Et judicatum est non sufficere, quia forma Lege praescripta rigide servanda, neque mutari potest; nisi creditoribus et caeteris quorum interest consentientibus. Hoc tamen visum, Apparitorem Curiae, posse testibus et solemnitatibus consuetis adhibitis, priorem descriptionem recognoscere, et cum bonis conferre ut non opus esset novam facere descriptionem, ad libellum *N. Nolli* Curatoris etc. *d.* 2. *Mart.* 1680.

Hactenus descriptio et Inventarii confectio, sine Creditoribus et iis quorum interest, parata fuit, quorum tamen praesentiam lex Romana non immerito requirit; neque Statutum eos excludit, nec poterat enim; sed commodius, ut videtur, hanc rem administrat; Etenim, si creditores omnes descriptioni bonorum interessent, ut sunt mores seculi, haereditates, quae semper hoc casu sunt angustae, sumptibus exhaurirentur, nec sine confusione res geri posset.

7. Ideo creditores et legatarii vocantur ad *Interinimentum*, sicut appellatur: est declaratio Curiae, quae haec inventarium factum approbat, et audito consensu creditorum, juramentoque haeredis, indulget beneficium legis. Praeses Audientiae publicae. *Commissarium ad Rotulam* vocant, hanc declarationem pronunciat. et jusjurandum exigit.

Intimatio sive *interinatio* talis jure civili non usurpatur, quia universum Inventarii negotium a Justiniano privatae dispositioni relinquitur; sed introducto jure, quod hoc beneficium a Principe sit petendum, consequens erat, *interinandi* actum accedere, ad id, quod ab apparitore delegatove ad inventarii confectionem gestum fuerat, confirmandum. Tum vero, quia creditores non adfuere descriptioni, danda fuit, illis occasio custodiendi jus suum, respectu hujus beneficii, quod tantum illis praejudicium creat.

Quinam citandi sint, Statutum non exprimit; sed tantum ait in *d. tit.* 18. *art.* 4. *Literas hujus beneficii interinandas esse secundum veterem stylum et ordinationem Curiae.* Juxta naturam negotii dicendum erat, tres hominum ordines esse vocandos: I. Creditores, vel qui pro talibus se gerunt. II. Legatarios, et quicunque testamento sunt honorati. III. Propinquos, ut hi declarent, an haereditatem pure adire velint. Imbert. *lib.* 1. *Institut. for. cap.* 8. *verb. Gratia.*

Sed hoc postremum non observatur in foro nostro, nec est in Statutis quidquam, unde colligi possit, id esse necessarium. Dumtaxat est scriptum, cessare beneficium, si quis e propinquis pure volit adire; ut autem hi, licet remotiores, ad eam rem citentur invitenturque, nihil est quod jubeat, bene habet si veniant, et jus suum obtinebunt; Inventarii confectio sine illis absolvitur.

(c) Quomodo autem Creditores vocari poterunt omnes, siquidem aes alienum non necessario describitur; ut *paulo superius* dictum est? Enimvero solent nomina Creditorum referri in Inventarium, etsi nec Statutum, neque lex Justiniani id exigat, sed eorum recensionem adeo necessariam esse, ut omissio aeris alieni vitium adferat inventario, negandum est; denique nec omissione quorundam Creditorum amittitur beneficium, etsi Doctores vulgo utrumque aliter statuant, secus tamen recte judicatum est a Curia, teste Sandio *d. lib.* 4. *tit.* 12. *def.* 4.

De priore nulla ratio dubitandi est, consideranti Legem atque Statutum; de posteriore speciosior est dissensio, quia Caesar in saepe dicta *l. ult. et Nov.* 1. *c.* 2. §. 1. praecipit, *omnes convocari legatarios et fideicommissarios*, (quanto magis *creditores*!) et dein §. 2. ita subjungit; *si vero non fecerit inventarium secundum hanc figuram, sicut praediximus non retinebit Falcidiam* etc. Vult Caesar, creditores et legatarios omnes ipsi adesse confectioni Inventarii, quod Statutum aliter ordinat, ejusque loco substituit convocationem ad *Interinimentum*, quae proinde similiter *omnium* fieri debet creditorum; vel si omnes cogniti non sint, Edictum convocationis publice proponendum est, ut monet Gail. *lib.* 1. *obs.* 57. *n.* 6. *et* 7.

(c) *Pos.* 8.

Edictum quidem ejusmodi, nostratibus raro, aut nunquam in usu est; sed ita jus apud Curiam dicitur. Inventarii beneficium non amitti, neglecta citatione quorumdam creditorum, utique non respectu eorum, qui vocati fuere; sed quod attinet ad non citatos, hoc jure utimur, ut Inventariensis eorum intuitu pro haerede pure habeatur, ut Sandius scribit *d. decis.* 4. *in fin.* Et videtur Jus civile contentum esse hoc temperamento, cum nihil amplius dicat, quam si haeres non vocat omnes legatarios, adde his, creditores, Falcidiam retinere non posse, ab iis videlicet, quos non vocavit.

Si creditores putent, se rationes habere justas, quare beneficium hoc haeredi non sit indulgendum, habent facultatem se opponendi in judicio; et fit hoc casu disceptatio summaria de octiduo ad octiduum, nec ulterius quam ad duplicationem usque, ne res diu pendeat in incerto. *d. lib.* 1. *Stat. tit.* 18. *art. ult.*

Nemine contradicente, Haeres admittitur ad jusjurandum, quo profitetur, se nihil amovisse, vel reticuisse; si quid deinceps emerserit ad haereditatem pertinens, id se collaturum in medium omniaque fideliter administraturum. Praestatur juramentum publice, in audientia Rotulae coram Commissario, nisi dignitas personarum faciat, ut petenti concedatur jurandi facultas in Recessu Curiae, praesentibus aliquot creditoribus eorumve Procuratoribus. Novo Edicto cautum est, ut si creditores se opponant, haeres intra duas hebdomadas petat Curatorem bonorum, qui bona pendente lite super *interinimento* administret, idque praesentibus creditoribus, et cum renovatione Inventarii a Curatore faciendi *d. Ed.* 1685,

8. (d) Sequitur *hujus capitis* pars tertia, de fructu effectisque beneficii, de quo loquimur. Statutum de his nihil habet; ideoque recurrendum ad jus commune, quod copiose exponitur in *d. l. ult.* §. 2. *et seqq. et Nov.* 1. *cap.* 2. et a nobis relatum est in *position. et praelect. ad tit. Inst. de Haerd. qualit. et diff.* Triplex id esse constat; *non teneri ultra vires haereditarias; detrahi posse Falcidiam, et retineri, quod defunctus haeredi debuit*: haec fusius explicari, post ea quae *ad Inst.* dicta, nihil opus est.

Multo minus; expendi controversiam, an quod lex de falcidia tradit, etiam de Trebellianica accipiendum sit, quod illic negative conclusum; sed heic agimus de legum atque morum discrepantiis, inter quas haec non ponitur.

Nec ea quidem hujus loci quaestio est, an inter incommoda neglecti Inventarii, quae beneficiis directe contraria sunt, etiam hoc sit reponendum, quod liberi ne legitimam quidem deducere possunt. Existimamus, mitiorem sententiam, ut crebriori Doctorum calculo receptam, ita juris quoque rationi magis esse consentaneam, contra quam recentioribus multis visum, ut disputavimus in *praelect. ad d. tit. de Hared. qual. n.* 5. Una res illic obiter posita, magni momenti, hic recensenda est. Diximus, primum Inventarii beneficium esse, *ne haeres teneatur ultra vires haereditarias*, hoc ad *Inst. pag.* 239. restrinximus ad *Creditores. Sed Legatariis*, illic positum est, *nec olim, nec odie, neglecto licet Inventario*, plus quam est in haereditate debetur *l.* 1. §. 17. *ad SC. Trebell.* §. 1. *Inst. de sing. reb. per fideic. relict.* Sed nonne, ut hoc temere excidisse videatur, faciunt verba *Nov.* 1. *c.* 2. §. 2. *Si vero non fecerit inventarium secundum hanc figuram, sicut praediximus, non retinebit Falcidiam, sed complebit legatarios et fideicommissarios; licet purae substantiae morientis transcendat mensuram Legatorum datio?* Ex quibus verbis communiter ita collectum videtur; *Haeredem non facto inventario, teneri in solidum et ultra vires haereditarias, tam legatariis, quam Creditoribus.* Non muto tamen quod dictum, idque certi juris habendum puto. Neglectum inventarium fecit, ut haeres in se recipere cogatur onus omne, quod haeredibus jure antiquo incumbit, et nihil amplius. *l. ult. C. de jur. delib.* Atqui jure veteri non videtur haeres legatariis ultra quam in haereditate esset, obligatus fuisse; *Neminem oportere plus legati nomine prestare, quam ad eum ex haereditate pervenit, quamvis Falcidia cesset, rescripto Divi Pii continetur. l.* 1. §. 17. *D. Ad. SC. Trebell.* Idemque firmat Justinianus in §. 1. *Inst. de sing. reb. per fideic. Amplius quam aliquis ex testamento ceperit, inutiliter ab eo relinquitur.* Neglecti Inventarii nusquam haec poena traditur, quod legatariis in infinitum teneatur. Lex *ult. C. de jur. delib*, quae hac de re πραγματικῶς et plenissime agit, nihil aliud habet, quam eum, qui Inventarium neglexit, *debitis haereditariis in solidum teneri*, §. 12. ut in solidum secundum antiqua jura omnibus creditoribus teneatur, §. 14 addito *Falcidiae* commisso, nihil praeterea. Si hoc jus vetus et novum, novissime a Justiniano sit mutatum, verbis id maxime claris et praegnantibus factum sit oportet, sicut ille suas novitates cum apparatu introducit. At illa verba modo relata, ex *cap.* 1. §. 2. *in pr. d. Nov.* 1. obiter quasi jus solitum collocant. Denique Justiniani verba Const. Πληρώσει τοὺς ληγαταρίους καὶ φιδεϊκομμισσαρίους, κἂν εἰ τὸ τῆς καθαρᾶς οὐσίας τοῦ τελευτήσαντος ὑπερβαίνῃ μέτρον ἡ τῶν ληγάτων

(d) *Pos.* 3. 4. *et* 5.

δόσει. *Legatariis et fideicommissariis plene solvet, etsi legatorum datio superet purae substantiae modum.* Substantia *pura* est, quae deducta Quarta ex Lege Falcidia superest, ut apparet ex *fine* §. 1. ubi Caesar deductionem Quartae Falcidiae, vocat τῆς ἀγνοίας κάθαρσιν τῆς τοῦ κατοιχομένου. *Purificationem ignorantiae defuncti.* Deductis igitur aere alieno et Quarta Falcidia, substantia est *pura.* Non facto autem inventario, haeres etiam ultra modum *purae* substantiae tenetur, quia Falcidiam amittit. Atque ita haec verba continere exegesin ejus, quod in *pr. objecti* §. 2. proponitur, οὐ παρακαθέξει φαλκίδιαν, *non deducet Falcidiam.* Haec observatio tam certa videtur, quam nova quibusdam videri possit. (1)

9. Porro in his, quae ad usum executionemque inventarii pertinent, cum alibi a nobis exposita non sint, cumque nec suis dubiis ratione praxeos et theoriae careant, aliquantisper continuabimus.

Et primo quidem Haeres, impetrata confirmatione sive *interinatione* beneficii, potest ac debet solvere, quidquid in *funus impensum fuit, vel in testamenti insinuationem,* sic ait Caesar in *d. l. ult.* §. *in computatione.* 9. *vel in inventarii confectionem, aliaque judicialia, denique in omnes haereditatis causas casusque necessarios.*

(e) His persolutis, satisfacere potest creditoribus *qui primi veniant,* ita loquitur Justinianus *in d. l. ult.* §. 4. Etiam vero legatariis, *si interea venerint.* Solutio fit vel ex pecuniis haereditariis, vel rebus aliis, ut in haereditate reperiuntur, vel nummis ex earum venditione redactis.

Si postea superveniant, qui jure potiori praeditos se esse doceant, hi nec haeredem, nec emptores rerum ab haerede venditarum, convenire possunt; sed legatarios vel creditores, juris ordine posteriores, actione hypothecaria, vel condictione ex lege compellare debent. *d. l. ult.* §. 5. *et seqq.*

Proinde, si qui accepere pecunias, dilapidaverint eas, neque solvendo sint, hypothecarii creditores non habent, quo de suis debitis cum fructu experiantur: nec etiam Justinianus imperat, ut cautio ab his, qui primi accipiunt pecunias, exigatur.

Sed annon hoc iniquum, ut jus creditorum ita facto haeredis intervertatur? Non videtur, nec enim haeres aliter facere potest; Quilibet veri creditores habent jus exigendi debitum suum, et haeres, sicut defunctus, tenetur omnibus ad solvendum; sicut defunctus non poterat Personales creditores repellere, propterea quod alii forte potiores essent, ita nec haeres potest, nisi potiores illi creditores ipso actu concurrant cum deterioribus; quo referamus verba §. 9. *in fin. d. l. ult. Temporum tamen praerogativa inter Creditores servanda.* Eoque respectu cautionem a primo venientibus exigi posse, consentaneum est. *arg. l.* 41. *de Judiciis.* Quo facit, quod Statutum nostrum exigit cautionem, quando debita quaedam sunt liquida, quaedam controversa, ut tum liquida primo solvantur, sub cautione. *d. tit.* 18. *art.* 3.

10. Ex his potest intelligi, an haeres inventariensis subjectus sit Arrestis. Et quidem a nostra Curia non solita sunt admitti. *primo,* quia lex dat facultatem haeredi, primo solvendi his quorum liquida sunt credita, ut neque praetextu illiquidorum retardari queant; arresto autem sine dubio retardarentur. *Dein,* quia, ut dictum est, haeredem oportet exigere cautionem de restituendo, a creditoribus, qui hoc casu accipiunt pecunias, si deinde constet, eos non habuisse jus ante alios accipiendi; quae cautio tollit Arresti necessitatem.

Verum enim vero haec jura beneficiaque, Haeredibus saepe dederunt occasiones atque praetextus, abutendi suis privilegiis in necem creditorum et legatariorum, dein praetextu nominum illiquidorum et mole difficultatum, quae in ejusmodi haereditatibus se produnt, eos sine fine frustantur, ut non absurde *Beneficium* vulgo *maleficium* sit dictum; qua de re non apud nos solos querelae auditae sunt. Ordines Frisiae huic incommodo in saepe laudato Edicto conati sunt mederi, quatuor potissimum articulis sanctionum. (f) I. Omnia bona mobilia, et immobilia nullis exceptis, intra annum ab impetrato beneficio, auctione publica venduntur. II. intra annum ab impetratione beneficii, aut si res soli venditae sint, intra sex menses ab ultimo solutionis termino, rationes administratae haereditatis reddentur. III. Si Creditores se opponant beneficio impetrando, haeres inde cis

(e) *Pos.* 9. (f) *Pos.* 10.

(1) *Contraria sententia, quod talis haeres in solidum et ultra vires haereditarias teneatur, etiam legatariis, verior videtur, et magis conveniens verbis Imperatoris* in Nov. 1. c. 2. §. 2. *Aliter enim si interpretemur, frustra adjecisset Imperator,* sed complebit legatarios etc. *Nec est quod in contrarium moneamur, hac ratione, quod talis haeres non teneatur ut solvat legata inutiliter relicta, ea autem, quae ultra vires haereditarias relicta sunt, inutiliter esse legata. Etenim adversus eum, qui non confecit inventarium, praesumptio juris et de jure est, ultra vires haereditariae nihil esse legatum, adeoque omnia legata utiliter esse relicta.*

14. dies Curatorem bonis, ut dicere occupavimus, a Curia constitui curabit. IV. Intra praedictum tempus anni, aut sex mensium post ultimam solutionem pretii rerum immobilium, haeres creditoribus solvet, juxta ordinem juris, sub poena amittendi Beneficii, et id quod interest laesis praestandi. Quod tamen ita videtur intelligendum, si dolus malus, aut lata culpa haeredis arguatur in ordine pervertendo, vel cautione negligenda. Nam si ad eventum praestandum teneatur, nemo aut hoc beneficio salvus esset, vel fidejussorem invenire posset.

Postremo loco monendum videtur, nostris moribus non obtinere, quod alii de consuetudine Belgii narrant; *Ad inventarii confectionem, eos quorum interest, intra quindecim dies esse vocandos, qui, si non compareant, intra sex menses, quando sunt in Belgio, vel intra annum, si peregrinentur, exceptis personis de jure privilegiatis, suo jure super rebus venditis earumque pretio, privati censebuntur. Ita* D. Voetius ad §. 5. *Inst. de Haered. qualit. n.* 5. tanquam e plurium, quos allegat, sententia.

De quindecim diebus nihil aut jure civili, aut Statutis nostris cautum; neque de sex mensibus: poena autem, ut jure suo privati censeantur, adversatur rationi rectae, jurique communi; quo datur actio hypothecaria, vel condictio ex lege iis, qui postmodum accedunt; et quidem condictio est perpetua, cum nusquam ei tempus praescribatur, *d. l. ult.* §. 5. *C. de jur. delib.* sed pertinet haec res ad usum citationis generalis, jure civili et nostro usu incognitae, de qua locuti sumus *ad tit. de in Jus voc. n.* 13. *Part. II. pag.* 112. *et* 113. et ad *tit. Quib. mod. pign. vel hyp. solv. pag.* 81. cujus scilicet ea vis est, ut nisi omnes quorum interest, intra certum tempus adfuerint, jure suo cadere intelligantur.

LIB. XXIX. TIT. I.

DE TESTAMENTO MILITIS.

I. Remissio, et recensio privilegiorum testam. Militaris et usus ejus. II. De Testamento Parentum inter liberos. III. Circa eorum revocationem observatio. IV. De Testamentis Principi oblatis et apud Acta celebratis. V. De testamento rustici. VI. Tempore pestis facto. VII. et ad pias causas.

(a) Superiore libro de Testamentis solemnibus actum. Sunt etiam privilegiata, quorum praecipuum est Militare, de quo sat actum *ad Inst. h. t.* Heic addemus, quod hoc privilegium habeant etiam hi, quos fortuna belli in hostili sole deprehendit, ita ut ibi decedant. *l. un. ff. de bon. poss. e testam. mil.*

(b) Privilegia militum ad quatuor capitula referri possunt. I. Ad modum testandi, quia remittuntur iis solemnia, ut possint facere et rescindere testamentum nuda voluntate, *l.* 15. §. 1. *et l.* 34. §. 1. *h. t.* ut etiam eotia scriptum valeat. *l.* 40. *pr.* juncta *l.* 6. §. *f. de bon. poss.*

II. Ad personam militis, si filiusfam. *pr. I. Quib, non est permiss. fac. test.* si capitis sit damnatus, valet adhuc ejus testamentum. *l.* 11. *pr. h. t.*

III. Ad haeredes et legatarios, cum quibus etsi non sit testamenti factio, possunt tamen a milite scribi haeredes. *l.* 13. §. 2. *de mil. test.* adde *l.* 41. §. *ult. h. t. l.* 9. *C. h. t.* §. *pen. Inst. de exhaered. lib.*

IV. Ad ipsam quasi substantiam testamenti; Licet enim ei plura facere testamenta, ut omnia valeant. *l.* 19. *h.* Codicillis haereditatem dare potest. *l.* 36. *in pr. h. t.* Testamentum ejus non subjacet querelae inofficiosi, *l. ult.* §. 1. *et* 2. *C. de inoff. testam.* pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest, *l.* 7. *de R. J.* quo facit *l.* 17. *pr. et. l.* 37. *h. t.*

Tamen sunt etiam Leges, quibus miles non est solutus, ut Lege Julia de fundo dotali, *l.* 16. *h. t.* L. Ælia Sentia, *l.* 29. §. 1. Edicto de jurejur. conditionis implendae causa, §. 2. *ibid.* Mulieri turpi nihil potest relinquere, *l.* 41. §. 1. *h.* quod paganis licet. *l.* 3. §. 1. *de Donat. int. vir. et ux.*

Haec. in locis, ubi jure civili utimur, ac apud nos eadem effusa libertate probantur, quae legibus indulta est, ut valeat scriptum militis testamentum, etsi nullis testibus firmatem; non modo cum miles stat in precinctu, ut olim, sed omni expeditione durante. licet morbo decesserint, modo non sint extra necessitatem expeditionis *in aliis locis, vel suis aedibus, pr. Inst. h. t.* ut in hoc exemplo. D. ab Andringa Major Legionis Belgicae, in expeditione contra Gallos morbo decesserat in quodam Monasterio apud Brabantos, *anno* 1674. In femoralibus mortui repertum est testamentum ipsius manu exaratum, plena complexione verborum, sed absque subscriptione, vel ipsius, vel testis ullius, quo sororis filium haeredem scribebat, filia sororis praeterita. Quae haereditatem ab intestato petebat, ut testamento non militari; quippe non facto in loco expeditionis, et ratione voluntatis imperfecto: Sed probatum est a Curia testamentum, ut satis congruum *legi* 15. *C. h. t.* Quod apud hostes in carcere factum est, eodem sine dubio gaudebit privilegio, per *l. un. de Bon. pos. e testament. mil.* cujusmodi vix tantum quod intelligibile, conditum in carcere Anglicano apud *Chelsey* a nauta Frisio, valere respondi 17. *Febr.* 1666.

2. (c) Praeterea solemnitates nullae requiruntur in testamento, quod parentes utriusque sexus inter liberos fecere; tam emancipatos quam suos, primi vel ulterioris gradus, Sand. *l.* 4. *tit.* 1. *defin.* 6. *l.* 21. §. 1. *C. de Testam. et Auth. seq. ex Nov.* 107. c. 1. quibus in locis dispositio illa Testamentum vocatur, ideoque etiam vim testamenti habere videtur; Quaequam alii disputant, esse eam potius *ultimam voluntatem intestati*, ut loquitur textus in *d. l.* 21. §. 3. per *l. ult. C. famil. ercisc.* ubi, *licet ab intestato liberi ad successionem vocentur.* Unde sequeretur, quod liberi in ejusmodi testamentis non possint exhaeredari, ut disputat Ant. Faber *decad* 36. *err.* 5. et Bachovius ei concedere videtur. *d. disp.*10. *th.* 6. *lit. G.* Potest quidem testator dispares liberis relinquere portiones; sed hoc ipse Bachovius, licet dissentiens, explicat ita, ut non fiat vigere simplicis dispositionis paternae, sed adminiculante officio arbitri familiae

(a) *Pos.* 1. *et* 2. (b) *Pos.* 3. 4. 5. 6. *et* 7. (c) *Pos.* 9. *et* 10.

erciscuodae, qui juxta voluntatem Patris assignat partes, *arg. d. l. ult. C. Fam. erc.* juncta *l. 2. C. de Inoff. donat.* praoterquam quod talis inaequalitas non pertinet ad partes assis, sed ad divisionem rerum haereditariarum: verum ex *d Nov.* 107. *cap.* 1. liquet, Institutiones etiam ex unciis, quot testator voluerit, fieri posse, quod satis arguit testamentum. Et tamco aequitas ao odium exhaeredationis, nou abhorret ab illa seotentia, ad exhaeredandos liberos requiri solenne testamentum.

Forma hujus testamenti praoscribitur, ut Pareos omnia manu sua clarisque literis, non signis numerorum exaret, et tempus adscribat, nec de aliis disponat, quam quoad liboros: Alios enim frustra facit haeredes, cum eorum portio liberis accreseat. *d. l.* 21. §. 1. Verum legata et fideicommissa, eadem scriptura comprehensa, effectum habebunt. *d. Nov* 107.

In omnibus autem bisce textibus dispositiones Pareotum scriptao dicuntur privilegiatae, unde in nuncupativis diversum obtinere videbatur, *arg. d. i.* 21. §. 1. juocto §. 1. *et* 2. ut disputat A. Fab. *dec.* 35. *err.* 4. *et dec.* 36. *err.* 9. quamvis contraria Dd. sententia, in praxio forensem abierit, teste Saodio *l.* 4. *tit.* 1. *def.* 7. quae tamen neo ratione sua destituitur, neque e textibus explicite refelli potest. Quemadmodum et auctoritas Juris Canonici, quod ubivis duobus testibus cum Parocho conteotum est, *cap. cum esses* 10. *X. de Testam.* receptum est quod ad Testamenta ad pias causas, de quibus est, *cap. relatum* 11. *eod tit.* Sybneidew. *ad* §. 5. *h. in fin.* ciraq. *de privil. piae caus.*

3. (d) Verum circa revocationem Testamenti Parentis inter liberos, quaesitum, an adhuo obtineat quod est in *Nov.* 107. *cap.* 2. *at Auth. Hoc inter liberos. d. t. C. de testam.* ubi statuit Justinianus, si parens velit derogare priori testamento, quod jure privilegiato fecit ioter liberos, eum concedere debere perfectum testamentum; io eoque *id expressim significare, quod revocet prius testamentum inter liberos factum.* Hinc duae res intelliguntur; Primo, Testamentum Parentis ioter liberos privilegiatum, non tolli per aliud privilegiatum, sed per solenne dumtaxat, secundo, non tolli illud ipsum per generalem clausulam derogatoriam, multo minus taoite per testamentum posterius, utcumque solemne perfectum, sed requiri specialem revocationem. Neutrum apud Hollandos aliasque gentes servari, testatur Groenewegius ad *tit. C. de testam. l. Hac. Consultissima*, Non prius, quia cum illic gentium, testameota coram Notario duobusque testibus fiant, eodem modo revocari posse intelliguntur, nou posterius, quia sic visum non fuit Curiae Hollandicae, ut relatum est apud Coren *observ.* 39. Nos ex generali principio saepe laudato, nihil causae videmus, cur utrumque praeceptum hoc circa revocationem Testamenti Parentis inter liberos, nosit observandum; Ut nec adfirmare ausim, apud Judices nostros locum inventuram esse limitationem Baldi, *in l. ut liboris. C. de Collat.* probatam a Sichardo ad *d. l. hac consultissima. num.* 7. et ab Rittershusio Jur. Justin. *part.* 6. *cap.* 2. *n.* 11. qui censet, istam anomaliam placuisse Justiniano in favorem liberorum, proinde, si posterius. Testamentum sit favorabilius pro liberis, aut nulla parte iniquius, ad revocationem prioris nihilo plus requiri, quam in aliis omnibus ultimis voluntatibus infirmandis requiratur: Adeoque Caesarem illum rigidiorem observantiam instituisse contra extraneos, quibus pareos in praejudicium liberorum posteriore testamento voluit consultum. Non est in textu haec limitatio, neo tamen ei repugnat, et hebet aequitatem, ut melior sit pro jure condendo, quam pro jure condito interpretando.

4. e) Tertium et quartum in ordine Privilegiatorum testamentorum est, quod Principi oblatum, et Actis insiouatum est. * Utrumque nihil aliud solennitatis desiderat, quam conscientiam Principis, et insiouationem in actis publicis. *l.* 19. *C. de testam.* Nec verum videtur, quo Bartolus et alii, quos refert et prope sequitur Schneidewinus, *ad hunc tit. I. cap. de solennibus testam n.* 17. volunt, duos testes in ejusmodi testameotis requiri. Ineptum enim est, requirere probationem eorum, quae apud Principem aut apud acta geruntur, cum talia satis superque eo ipso probata, imo probatione majora censeantur; Quo pertinent verba *e. l.* 19. *omnium testamentorum solemnitatem superare videtur, quod. inter tot nobiles probatasque personas etiam conscientiam Principis tenet.* Et mox,

(d) *Pos.* 11. (e) *Pos.* 8.

* Circa illud observandum, usum Saxoniae requirere, ut testamentum ab ipso testatore, non per procuratorem, Principi offeratur. Carpzov. *dec.* 293. Richt. *dec.* 48. *n.* 2. *sq.* Bert. *P.* 2. *Concl.* 4. *n.* 32. Hoc vero apud Acta cujuscunque judicii insinuari potest, imo etiam extra locum judicii coram tribus personis judicialibus offerri, aut coram Actuario, qui simul administrator judicii est, et Scabino uno. vid. *P.* 3. *C. El.* 73. In loco judicii si insinuetur, praesentia Judicis et Actuarii, imo si periculum in mora sit, unus ex illis sufficit, qui de periculo judicialiter tenetur. *Dec. El.* 45. Caeterum etiam hoc testamentum ab ipso testatore insinuandum esse, docent Carpzov. *P.* 3. *C.* 3. *d.* 23. Hartm. Pist. *l.* 3. *qu.* 28. *n.* 5. *sq.*

securus erit, qui actis cujuscunque judicis aut municipum, mentis suae postremum publicavit judicium. Quamvis igitur solemnitates vulgo requisitae in his testamentis cessent, non tamen imperfecta, sed alio sensu solemnia sunt, ut ex verbis citatis liquet. Moribus gentium, testamenta apud acta condita frequentissimi usus sunt; Principi oblata rarioris. Apud nos utique insolita, inaudita, nec tamen abolita, ut eo modo neminem testari posse, vix dici queat: Nisi quatenus quod nunquam fit, nec unquam fieri posse credi solet.

5. (f) Haec sunt privilegiata Testamenta, quae omnibus legum requisitis eximuntur. Sunt etiam quae certis tantum solennitatibus liberantur, ut testamenta Agricolarum, quaeque tempore pestis fiunt. De Agricolis est textus in *l. ult. C. de testam.* cujus. apud nos etiam usus perquam rarus est * siquidem et in Pagis assiduo fere servatur, ut septem testes adhibeantur, sic tamen, ut pro literatis subscriptionibus admittantur signa picta, at haec res modo usum privilegii, cum id jam in omnibus testamentis promiscue sit receptum, sicut antea commonefactum est, amisit.

6. (g) Sed Privilegium Testamenti tempore pestis facti, habet ampliorem his diebus usum, quam lege Caesaris praescriptum est in *l. casus majoris* 8. *C. de testam.* etsi apud Batavos, omnesque eos, qui testamenta faciunt coram Notario duobusque testibus, huic privilegio vix illus sit usus. Sed dubitant illic Prudentes, an coram duobus testibus valitura sint testamenta nuncupativa, vel scripta a testatore sine testibus, si quando tempore pestis fiant; moresque Batavicos ea parte obscuros esse, narrat Grotius *Introduct. lib. 2. part.* 17. *in fin.* Adfirmativam placuisse Curiae Hollandiae, testatur Groenew. ad *d. l. casus* 8. Sed Curiae Parisiensi, nequidem coram septem testibus factum sine scripto, tempore pestis testamentum, etsi Notarius rogatus accedere noluisset, probatum fuisse, testatur Robertus 2. *rer. jud.* 10. Caesares nihil aliud in hoc testamento remiserunt, quam quod ob timorem contagionis necesse non sit, ut testes, qui ad testamentum sunt vocati, eodem omnes tempore socientur et in unum conveniant, verum sufficiat, si alii post alios accedant, testamentumque signent. Sed quid; an non testes saltem singuli debent esse in praesentia testatoris; Id procul dubio necessarium, cum nihil magis contra fraudes expedist? At Graeci *d. l.* 8. ita interpretantur, ut testes separatim à testatore signare possint, *συγχωρείσθωσαν κεχωρισμένως ἐξ αὐτοῦ σφραγίσαι τὴν διαθήκην. Permittatur seorsim a* testatore, *signare testamentum.* Verba legis sunt, *Testes hujusmodi morbo oppressos, eo tempore jungi atque sociari, remissum est,* Gothofredus et omnes, pro *oppressos* legendum censent *oppressis*, quia testium formidini videtur occurri, non ut peste infecti prohibeantur vocari, quod vix usum habent: idque convenit Graecorum interpretationi. Statuendum nihilominus videtur, testes omnino testatorem audire, et videre loquentem oportere, sed mox posse recedere, ut separatim signent, cum alioqui testes integrum usque ad finem actum, coram ipso, quod est uno contextu, perficere debeant, ita tamen, ut legitimus testium numerus interveniat, cum septenarius numerus *ea lege* non sit sublatus, in verbis *non etiam convenientis numeri eorum observatio sublata est.* Haec igitur Constitutio satis modicum dat privilegium, sed Doctores sequentium seculorum, quibus horror pestis in immensum crevit, animosque hominum penitus insedit, in alia omnia iverunt, testamentumque tempore pestis factum, quovis modo valere voluerunt, adeoque pro absolute privilegiato id habent, in quo nihil aliud requiratur, quam ut satis constet de voluntate testatoris, adeoque testes duo vel tres in eo sufficere creduntur, ut videre licet apud Gailium *lib. 2. obs.* 118. Nobis alioqui non videbatur tantum fuisse caussae ab Imperatorum praescripto recedendi, quia nostrates subacti non sunt tam indomito timore pestis, qualem in aliis gentibus regnare videmus, nec enim apud nos officia charitatis et vicinitatis inter cives praeciduntur, non fratrem exhorrescit frater; et natum parens, gnatusque patrem. Nec veterum historiae usquam referunt tam deformes effectus formidinis illius a contage, quales hodie in Christianis populis conspiciuntur. Nostrates veterem modestiam fiduciamque divinae providentiae, sine temeritate tamen, observant; quo tamen non obstante Sandius in *lib.* 4. *t.* 1. *def.* 4. refert, Senatum juxta communem hanc sententiam Doctorum judicasse, quod nec dubito, quin jam pro jure certo receptum, inque futurum sit observandum.

7. Idem accidit in Testamento, quod ad pias caussas factum est; Huic enim Jure Romano nullum privilegium datur' sed Pontifices illud

(f) *Pos.* 12. (g) *Pos.* 13.

* In Saxonia Electorali juris Civilis dispositio omnimodo observatur, teste Carpzov. *P.* 3 *C.* 4. *d.* 4. *sq.* In nonnullis autem Saxoniae Communis provinciis, etiam testamentum coram parocho et duobus testibus conditum, pro valido agnoscitur. Colet. *P.* 1. *dec.* 35. *n.* 4. Richt. *dec.* 28. *num.* 11. 1. Struv. *S. J. Ex.* 32. *th.* 17. Schilt. *ad ff. Ex.* 38. §. 116.

absolute volunt esse privilegiatum, ita ut contenti sint duobus testibus omni exceptione majoribus, *cap. Relatum. X. de Testam.* ubi ratio e sacris literis, *quoniam scriptum est, in ore duorum vel trium testium stat omne verbum.* Cui sententiae in materia piarum caussarum nolunt derogari. Æquitas hujus exceptionis merita quoque est omnium Interpretum calculos, et Sandius testatur in *d. tit.* 1. *def.* 13. Senatum ita censuisse, *quaestionem hanc non esse decidendam ex Romano, sed ex jure Canonico.* Verum an exemplum, quod ibi commemorat esse judicatum, sit ejusmodi, ut ejus definitio ex jure Canonico petenda fuerit, Lector existimet. Erat ejusmodi. Quidam ab haeredibus suis ab intestato succesuris, fratre nempe et sorore praesentibus, pauperibus Ecclesiae Reformatae in pago N. reliquit centum florenos. Nonne hoc jure Civili constat; quando Testator praesentes haeredes rogat aut jubet aliquid praestare, quod tum hi teneantur ad id praestandum, etsi duo tresve testes dumtaxat adfuerint, imo etsi nullus adsit, modo constet, eos esse rogatos; aut ipsi confiteantur. *§. ult. Inst. de fideicomm. haer. l. ult. C. de fideicomm.*? Plane si Testator verba ad haeredes ipsos direxisset, eosque rogasset, ut pauperibus centum darent, obligati fuissent omnino *per illos textus*, ut quidem videtur, et diximus ad *tit. Instit. de fideicommiss. haered. in fin. et tit. de sing. reb. per fideic. rel.* ubi et Thomasius. Haec usum nuncupationis in ultimis voluntatibus supponunt, a qua nonnullae gentes quam sint alienae, patet ex iis, quae modo de Batavis et Gallorum usu diximus *n. 6. a pr.*

TIT. II.

DE ADQUIRENDA VEL OMITTENDA HAEREDITATE.

I. Remissio, de adquisitione haereditatis, quae ipso jure vel facto fit, ac usus hodiernus. II. An extraneo haerede in ignorantia mortuo ante aditionem, locus sit restitutioni. III. Institutis fratrum liberis, an admittantur ii qui post mortem testatoris sunt nati. IV. Novissima de Adquisitione et transmissione haereditatis doctrina. V. An conditione impleta, haereditas sit adita cum effectu transmissionis. VI. De scientia ad aditionem haereditatis requisita. VII De jure accrescendi in haeredis institutione singularia quaedam, ratione fideicommissarii haeredis ex re certa, et praescriptionis.

(a) Locum de Adquirenda vel omittenda haereditate, habuimus ad *tit. Inst. de Haered. qual. et diff. n.* 8. ut ad paratitlarem notitiam nihil admodum amplius requiratur. Comparatio quarundam positionum cum usu hodierno, ex instituto nostro superest. Prima *positio*, Sui haeredes adquirunt dominium rerum haereditariarum ipso jure, *l.* 11. *de Lib. et Post. hared. inst.* non aeque possessionem. *l.* 23. *in pr. de Adq. poss.* Altera, Sui transmittunt haereditatem quoque non aditam, et nescientes, in haeredes suos *l. un. §.* 5. *C. de Caduc. toll.* E contra Extranei nihil, quam aditione perpetrata, vel adquirunt vel transmittunt, *d. l. un. §.* 5. idque sine discrimine testamentariae vel legitimae haereditatis, de quo Wissenb. ad *h. t. th.* 10. (1) Harum positionum usus pendet a jure patriae potestatis, quod ubi viget, ita sicut jure Civili proditum est, agnoscit illas regulas, quemadmodum apud nos pro indubitatis habentur, ut docet Sandius in *lib.* 4. *tit.* 1. *def. unica, et tit.* 9. *def.* 1. Ast ubi patria potestas, sive excellentes ejus effectus, in capite de patria potestate memorati, non habent locum, ibi Suitas et discrimen hrereditatis aeque ignoratur, ut recte Groenewegius ad *§. ult. Inst. de Haered. qualit. et diff.* et *ad l.* 3. *C. de jur. delib.* Proinde quicunque haeres e testamento vel ab intestato supervixit defuncto, haereditatem, quam non repudiavit, etsi ignorans, adquirere et in haeredes suos transmittere intelligitur; idque non modo quod ad dominium attinet, sed etiam quod ad possessionem, per decantatam fori Gallici regulam, maxima Europae parte receptam: *Le mort saisit le vif. Defunctus mittit vivum in possessionem*; de qua Tiraquellus *libro peculiari*, ut alias dictum. Apud nos, et ubicunque praeterea jure scripto utuntur, differentia praedicta adhuc est in viridi observantia; ut extranei, ignorantes haereditatem sibi esse delatam, ne quidem jus deliberandi ad haeredes suos transmittant; eum scientia diserte requiratur, ut alias dictum, ex *l.* 19. *C. de jur. delib.* idque Sandius exemplo rei judicatae

(a) *Pos.* 1. *et* 3.

(1) *Rationem hujus regulae, quod haereditas non adita non transmittatur, eleganter exponit Josephus. Averanius* interpretat. lib. 4. cap. 4. *confutatis iis quae in contrarium adferuntur.*

confirmat io *lib.* 4. *tit.* 9. *def.* 1. Testatrix anno 1584. prohibuerat aperiri testamentum, nisi Brugis io Flandria. Quod per bellum Hispaoo Belgicum fieri oon potuit, nisi tempore induoiarum aooo 1609. quo jam mortuus erat haeredum unus. Pars ejus ad baeredes ipsius non est judioata pertioere. *d. def.* 1. Nec unquam postea dubitatum, quin id ita juris ac moris esset, etiam in hao specie; Petrus Scheltinga, fratre Johaone, qui aberat in Italia, haerede iostituto, mortuus erat. *Johannes* aliquandiu postea Romae in fata concesserat; dubitatum est, an haereditatem ad successores transmisisset. Faoti quaestio habita est, utrum aditioois actum edidisset, idque scriptus haeres, ut probaret sstegit, *ante ferias caniculares* 1679. de jure, inquam, uon est dubitatum.

2. Neque tum neo in Sandiano exemplo de beoeficio restitutionis io integrum impetraodo a partibus aotum erat; quod tamen vulgo remedium habetur promptum, quo deficientes haeredes, rigorem juris odiumque caduei vitare possiot, ex *l. Pannonius Avitus* 86. *h. t.* Sed Cujaoius *ad lib.* 6. *respons. Papin.* censet, exceptionem ibi fuisse in favorem absentis Reip. eausa; eamque responsionem laudat Saodius, alii repreheodunt; in tantum, ut Thomasius noster restitutionem, non modo ex probabili, sed etiam quavis ex eausa putet eoncedendam. *Schol. ad posit.* 3. *h. t.* Sed videodum, oe, ubi jura suitatis vigeot, restitutionis io iotegrum termioi illo casu nou existaot. Eteoim quando is, oui delata est baereditas, defecit, ut ad ejus baeredes transmitti nequeat successio, quae in pendenti esse nequit, vi legis immediate ad sequeotem gradum traosfertur: *nec jacent vacua sine Domino bona*, sed ubi prior est exolusus, *incipit ad alios pertinere successio*, perinde ac si prior ooo fuisset in mundo. *l.* 1. *pr.* §. 6. *et* 10. *de Succes. Ed.* Hoo jus posteriori per leges quaesitum, ab haerede posteriori auferri non potest. Idque voluit Papinianus, quando restitutiooem, *stricto jure non competiisse monet, quod intra diem aditionis Avitus ubiisset.* Quale hoc strictum jus? Quod nulla causa restitutionis ex Edicto heio applicari posset; et quod alii jus successionis quaesitum, auferri non posset. Unde ob exquisitam aequitatis ratiooem illic Imperator *in d. l.* 86. subvenisse, dicendos fuerit, tam propter absentiam Reipubl. causa, quam ideo, quod Procurator Aviti jam adiisset, quae per bujus ignorantiam ratibabitiooe destituta erat. Non est igitur, ut jus successionis uoo adita haereditate amissum a Judiee per restitutiooem instaurari queat; sed opus erit *Dispensationis*, quod vocant, remedio, quo Principis auctoritate jus amissum ob siogulares aequitatis rationes baeredibus deficientis restituatur.

3. Hioo etiam judicari potest de quaesito notabili, do quo in exodra consultoria varie responsum memini. Scripti erant haeredes Fratrum et Sororum libori; post mortem Testatoris aditaque ab extantibus fratrum et sororum liberis baereditate, sed ueque dum divisa, nascuntur alii sororum liberi, qui cum reliquis admitti cupiunt; non visum mihi fuit dubitaudum, quin repelleodi essent. Ex eo, quod supra dictum, jus quaesitum iis, qui haereditatem legitime adquisivissent, auferri non posse. Nam ut dicendum aliquis putet, haereditatem quidem ab iis, qui tempore mortis extabant, adquisitam esse illo tempore, sed revooabiliter et pro numero postea ostorum mioui baereditatem, id merito absurditatis arguit Peregrin. *de fideicomm. artic.* 22. *num.* 72. auctoresque ab eo laudati. Cui accedit, quod neo ab intestato tales postea nati, si nee vivo testatore coocepti fueriot, admitti possent, *per l.* 6. *in pr. de injust. r. test.* qua de re *ad tit. de suis et leg. haer.* Sed hic voluntatis est quaestio: si pater leget filiabus suis, non aliter posthumae debetur legatum, quam si in aliqua parte testameoti posthumae fecerit mentionem. *l.* 17. *in pr. de Legat.* 1. Hoc utique de posthumis alieois multo magis statuendum. Neque desunt, qui ampliandam putant haoc seotentiam: uti, si quis fideicommissum reliquerit filiis Titii, tantum vooati ceoseantur, qui tempore testamenti extabant, noo qui postea, vivo licet Testatore, sunt nati, quia motus videtur Testator affectu erga viventes et notos, qui in necdum natos nullus est. Sed hoc ita verum esse queat, si Titius sit extraneus testatori, In cognatis affectus sanguinis facile dictat extousionem ad posthumos, tempore mortis testatoris existentes, ut Peregrinus *d. art.* 22. *n.* 14. Bartolum secutus *ad l. si cognatis ff. de Reb. dub.* Haec igitur sententia sioe dubio verissima est, Institutis fratrum vel sororum liberis, natos post obitum testatoris et adquisitam haereditatem, non admitti in concursum, oisi verba Testatoris ejusmodi sint, ut verificari non possint aliter, quam si liberi postea nascituri compreheodantur, qualem casum Curia Brabantiae putavit esse huoc; cum Testator dixisset, *Philippum fratris mei filium cum reliquis suis fratribus et sororibus haeredes instituo*, Philippus autem *habebat fratrem unum et sororem* dumtaxat unicam, teste Stockmanoo *Decis.* 26. (1).

(1) *Sed ex aliis rationibus quas adfert D. Stockmans* Decis. 26. *probatur, postea natos etiam tunc admittendos esse, dum verba Testatoris aliter verificari possunt. Affectus enim sanguinis facile hanc*

4. Non est valde mirandum, jus illud rigidum Suitatis, post tot secula, multarum usu gentium esse abolitum, quando et ipso jure Romano non parum ex eo detritum est. Nam I. Liberi omnes, etsi non *Sui*, haeredes a parentibus scripti, haereditatem ignorantes in suos liberos transmittunt. *l. un. C. de His, qui ante apert. tab.* II. Liberi omnes patri suo matrive suae ipso jure succedunt, ac ita jus habent ignorantes transmittendi, *l.* 11. *C. de suis et legit. haered.* sunt autem ambae leges istae ab iisdem Caesaribus. III. Infantes undecunque delatas haereditates in suos patres transmittunt. *l.* 18. *C. de Jur. Deliber.* Extra hos casus Haeredes non sui, haereditatem aliter adquirere aut transmittere, quam si illam ipsi adierint, nusquam leguntur. Et quoniam aditio requirit animum et propositum adquirendi, * *l.* 20. *h. t.* Curatores pro minoribus, et Tutores pro majoribus infantia, cum effectu transmissionis, adire non possunt. *l.* 5. *C. de jur. delib.* Sed pro infantibus Tutores editione funguntur. *l.* 18. *C. eod.* An et pro Furiosis, qui similiter animo carent, etiam Curatores adire possunt? Negat Justinianus *in l. ult.* §. 7. *et* 8. *C. de Curat. fur.* Ideoque si Tutor pro infante non adierit, si furiosus, si minor, vel pupillus septennio major ignarus haereditatis delatae; licet Tutor vel Curator adierint, si quilibet alii delatae haereditatis ignari decesserint, haereditates, ipsis aliunde quam a Parentibus delatae, non adquiruntur his, qui ipsis, sed qui illis, a quibus bona ad nos pervenere, sunt proximi. *d. l. ult.* §. 8. *l.* 18. *C. de jur. delib.* Moribus ut plurimum secus est, ubicumque regula de transmissione promiscua tam possessionis quam Dominii recepta est ut ferme ubique est. In populis, qui jure scripto utuntur, ut noster, quominus idem servetur nihil obstat, eoque pertinet. Sandii observatio 4. 8. 9. Etsi promiscuum jura transmissionis communiter hominum opinionibus ita insederit, ut parum absit, quin tacite observantia utique in pupillis et minoribus, sit approbatum. Egimus hac de re prolixius *ad tit. Inst. de Haered. qual. et diff. n.* 10. *et seqq.*

5. Caetera ad hanc doctrinam spectantia, retulimus ad *d. tit. Inst. de Haered. qual. et diff. n.* 8. *et seqq.* Dumtaxat aliquot Positiones obiter ibi relatas, hic declarabimus. I. Haeres impleodo conditionem, non statim adquirit haereditatem, sed facultatem adquirendi consequitur. *l.* 13. *de Condit. Inst.* An igitur neque transmittit haereditatem, si post impletam conditionem nihil aliud egerit, per quod haereditas adquiri solet? Non videtur, quia conditione expleta, haereditas dumtaxat quasi pure *delata* habetur. *l.* 26. *d. tit.* juncta *d. l.* 13. Sed jus deliberandi, ad quod scientia sufficit, transmittit, si intra annum moriatur. *l.* 19. *C. de jur. delib.* In suis haeredibus quaestio de transmissione non habet usum. Attamen si paruerit conditioni Suus, haereditatem adquisivisse judicatur, et jus abstinendi amittit, *l.* 87. §. 1. *de Haered instit.* quid rursus in extraneo secus est; hic enim post impletam conditionem, adhuc repudiare potest. *l.* 1. §. 1. *de Condict. caus. dat. non sec.* Ratio differentiae non est obscura, quod cum Suus ipso jure sit haeres necessarius, et abstinendi jus a Praetore veniat effnotus juris facilius cum necessitate in Suo, quam cum arbitraria libertate in extraneo haerede, coalescat. (h) Hic consentaneum est, suis haeredibus mortuis, antequam se abstinuerint, praesumi quod haeredes fuerint; ideoque creditores bona paterna non minus quam propria filii, occupaturos. Sand. *d. lib.* 4. *tit*: 9. *def.* 9. Quod temperandum tamen, nisi contraria praesumptio adsit; quae colligitur, si paterna haereditas onerosa fuerit, per *l.* 12. *h. t.* Certe, cum sui haeredes liberos reliquerunt, hi, licet pater non abstinuerit tamen abstinere possunt. *l.* 7. §. 1. *h.*

6. Non valet aditio haereditatis, nisi fiat ex certa scientia, testamento delata sit haereditas an ab intestato, item pure, an sub conditione, aliter facta, nec prodest neque nocet. Filia Patris haeredem se dixerat inops, impune. Sed aucta deinceps haereditate, cum e Creditoribus Patris impeteretur, hac ratione se tuebatur, quod cum adiret, haeredem ab intestato se putasset, deinde vero prolatum esset testamentum, E' υσόχως *l.* 3. *et seq. h. t.* An etiam scire debuit, utrum ex parte, vel in totum haeres esset? Nihil opus fuit, quia pro parte haeres etiam invitus fit haeres in totum *l. un.* §. *His ita* 10 *C. de Caduc. toll. arg. l.* 1. *et* 2. *h. t.* juncta *l.* 7. *de R. J.*

(h) *Pos.* 4. *et* 5.

extensionem admittis, ut et vocati censeantur hi, qui tantum post mortem testatoris sunt nati: creditur enim Testator filios fratris vocasse contemplatione ipsius fratris et ad consulendum posteritati ejus, non habita speciali ratione ipsorum filiorum. Argumentum, quod tales non admitterentur ad successionem ab intestato, nihil in contrarium probat, cum haec sit voluntatis quaestio: nec video quid absurdum sit dicere: haereditatem revocabiliter tantum adquiri iis qui tempore mortis extant. ad l. 17. pr. de leg. 1. *responsum est in* p. 1. lib. 1. tit. 15. not. 2.

* Fieri autem ea potest Jure Civili statim, Saxonico intra 30. dies, interim haeredi sola custodia, non possessio, aut jus administrandi, competit. *L. R. l.* 1. art. 22. *Conf.* Carpzov. *dec.* 284. *n.* 14. Id. *P.* 3. *C. El.* 14. *def.* 16.

7. Scilicet Jure Accrescendi, de quo prolixe actum *ad tit. I. de Legat. n.* 23. praecipue quidem respectu Legatorum; sed et pariter de haeredis institutione: In qua jus Accrescendi operatur etiam pro haeredibus ab intestato, etsi nulla ibi proprio conjunctio. Haeredes enim sive testato sive ab intestato, semper habent jus accrescendi, deficiente cohaerede, propter saepe dictam regulam *l. 7. de R. J.* Sed quando variae conjunctionum species permixtae sunt, tunc qui sunt in quaque formula peculiariter conjuncti, reliquis praeferuntur. *l. un.* §. 10. *C. de Caduc. toll.* Velut, si dictum sit ita, Titius haeres esto, Cajus et Sejus haeredes sunto, aut fratris mei filii haeredes sunto. Deficiente e posterioribus uno, pars ejus ad alterum e posterioribus solum pertinet. *l.* 11. *l.* 13. *et l.* 15. *in pr. l.* 59. §. 2. *de Haered. inst.* Proinde similiter: si tres sint haeredes ab intestato, qui jus habeat singuli a possessore trientem petendi, se unus eorum defecerit ante aditionem, reliqui duo singuli petent semissem. *l.* 9. *de Suis et legit. haered.*

In fideicommisso quid juris? Haeres scriptus ex semisse rogatus est haereditatem restituere, restituit. Interim cohaeres defecit: Utri accrescet heic semis? Fiduciario, ut videtur; rogatus enim est de sua parte tantum, ne plus habeat fideicommissarius quam voluit Testator. Excipe, nisi fiduciarius adire et restituere compulsus sit, *L. Papinianus* 43. *ad SC. Trebell.* quia tunc nihil lucri vel damni capit ex haereditate. *l.* 4. *eod.* Proinde tunc etiam quod accrevit, restituere debet. *d. l.* 43. Cujac. 12. *obs.* 12. Numquid obstat, quod jus accrescendi partem adjicit parti, alluvionis instar, *l.* 33. §. 1. *de Usufr.* quae est ejusdem Papiniani? Ego ita existimo. In *l.* 33. non doceri, neminem posse habere jus accrescendi, qui nullum corpus haereditarium habet; sed quando pars fundi accrescit fundum habenti, tunc partem veterem et novam, quae accrevit, eandem rem censeri. Caeterum, haeres habet jus accrescendi ex voluntate defuncti; Fiduciarius autem est haeres et manet haeres, etiam post restitutionem. §. 3. *Inst. de Fideicom. haeredit.*

Quare jam nihil vetat, opinor, quo minus si quis ex re certa cum alio institutus, quam rem certam ei capere non licet, etsi nihil de rebus haereditariis teneat, vi tamen haeredis institutionis, cujus non est incapax, jus accrescendi, altero deficiente, sit habiturus. Quae res pertinet ad firmandum rei judicatae exemplum quod retulimus *ad tit. de Haered. instit. n.* 8. ubi responsionem ad quaedam objecta promisimus. Haeres institutus erat ex rebus Transisulanis, unus; alter ex reliquis bonis. Hoc ante testatorem mortuo, priori totam haereditatem accrevisse judicatum est. Non obstat, inquam, *argum d. l.* 33. ut demonstratum est. Nec obstat, quod haeres ex re certa habens cohaeredem simplicem, pro legatario habeatur, *l.* 13. *C. de haered. Instit.* legatarius autem jus accrescendi in haereditate habere nequeat. Haec enim ratio faceret, ne haeres ex re certa, licet ejus rei capax, jus accrescendi haberet, quod secus tamen esse receptum, *superius* probatum est. Dicendum igitur: Quod haeres ex re certa pro legatario habetur, id intelligendum esse, quando cohaeres adquirit haereditatem. Tertia oppositio est ex *l.* 35. §. 1. *de Haered. instit.* ubi sic est traditum: Haerede ex re certa instituto, si forte tantum sit aes alienum, ut nihil superesse possit, institutionem ex re certa factam nullius esse momenti. Multo magis igitur, si haeres scriptus capere non possit illam rem certam. Responsio est, verba *d. l.* 35. §. 1. similiter de eventu esse accipienda. Haeredis institutio, rebus licet adjectis, in se potentiaque sua est universalis, restrictio ad res certas, venit ex officio judicis; quo nihil opus, si quando cohaeres non concurrat: Sed tunc universalis titulus in vacuam haereditatem incidens, occupat universam. Idque volunt Dd. quando haeredem ex re certa, mediae dicunt esse mixtaeque naturae inter haeredem et legatarium, ac uter modus ei sit applicandus, id *in suspenso* haberi, ut Bartol. ad *d. l.* 35. *num* 1. item Salicetus, *ibid. n.* 2. Castrens. *n.* 2. Jason. *col.* 5. *in fin. et col.* 6. Aug. Aret. in §. 3. *Sed si quis Inst. Quib. mod. test. infirm.* Bachov. *vol* 2. *disp.* 12. *th.* 1. *lit A. vers. Alterum membrum.* Quare cum haeredis institutio, sicut est universalis, convenit haeredi scripto, is ipso jure est haeres et manet haeres, si deficiente cohaerede, bonorum universitas ipsi pateat; quia tum judicis officium ad rei certae adsignationem non pertingit. Unde liquet, hac parte non esse distinguendum, utrum cohaeres vivo testatore, vel post mortem ejus deficiat, secus ac quibusdam videri, scribit et ipse disputat Bachovius in *loco citato.*

Denique, institutionem ex re certa, vi potentiaque sua universalem esse, clare patet, quando diversi haeredes ex rebus certis sunt scripti, nullus simpliciter aut ex parte assis, Tunc enim etsi res una valeat dodrantem, et altera quadrantem bonorum, singuli tamen sunt haeredes ex partibus assis aequales, et respectu rerum pro legatariis habentur; ideoque et onus aeris alieni aequaliter ferunt. *l.* 35. *pr.* §. 1. *et seqq. de Haered. Instit.* Sand. 4. 9. 3 Proinde sunt haeredes ambo universales, etsi judicis officio non adipiscantur plus, quam singulis relictum est. Idem inde ab initio juris est, quando unus ex re, alter simplex est haeres; sed tunc utroque concurrente, qui rem certam habet, in eventu nihil aliud consequitur, quam istam rem certam, reliquis bonis penes heredem simplicem aut ex parte assis manentibus. Et tamen qualitas

universalis ejus, qui ex re certa scriptus est, eluoet in onere aeris alieni, quod eequaliter cum haerede simplici fert; usque dum re forsitan absorpta, vis institutionis in nibilum resolvatur. *d.* §. 1. *l.* 1. *C. si cert. pet.* Sand, *d. loco.* Christinae. *vol.* 3. *decis.* 20. *et vol.* 4. *decis.* 4. *n.* 6. Robert. 4. *rer. judic. C.* 13.

Postremo sciendum, jus Accrescendi locum etiam habere in casu Praescriptionis, si alter cohaeredum tempore sit exclusus, veluti quinquennio in casu Querelae inofficiosi, *l.* 23. *in fin. de inoff.* anno vel breviori spatio in bonorum possessione. *l.* 3. *in fin. et l.* 4. *de Bon. poss.* juact. *l.* 1. §. 12. *et seqq. de Success. Ed.* in aditione haereditatis ordinaria, noo potest aliter quam triginta aonorum praescriptione, usu venire, quod rarius eccidit. Accidit tamen, et vidimus exemplum alibi quoque relatum, quemodam, qui post triginta tres annos haereditatis sibi delatae certiores erant facti. Unus ex illis praescriptione exclusus erat; alter quod pars annorum 33. ipsi in pupillari aetate constituto non cessisset, admissus erat. Adjudicata est ei dimidia pars haereditatis, quia neo plus dimidia petierat: de jure accrescendi, quod hoc casu perspicue obtinebat, noo cogitaverat. Ita fieri posse videmus, ut haereditas pro parte adquiratur, non jure, sed facto, vid. *ad tit. de Minor. n.* 8. *pag.* 197.

De modis amittendi haereditatem, egimus ad *d. tit. inst. de Haered. qual. et diff.* Quibus non pauca e superioribus addenda colligi possuot; Praeter quae nihil habemus singulare. Adde Wissenbachium *th*, 16. *et seqq. h. t.*

TIT. III.

TESTAMENTA QUEMADMODUM APERIANTUR, INSPICIANTUR, ET DESCRIBANTUR.

I. Tempus aperiendi testamenti. II. Modus III. Quomodo clausum et obsignatum fuerit olim testamentum. IV. Ratio inspiciendi et describendi testam. V. Usus hodiernus.

(a) Adquisitio haereditatis ab intestato delatae, recta via potest fieri. Testamentum si extet, hoc prius aperiendum est, quod fieri moris erat a die tertio ad quintum a morte testatoris, vel ex quo haeres absens redierat, inter horam diei secundam et decimam, ut scribit Paulus in *lib* 4. *sent. tit.* 6. *Moribus* hodiernis convenientius est, quod habetur in *Auth. Sed neque. C. de sepulchr. viol.* ante exequias, adeoque ante nonum diem, nullam haeredi molestiam esse creandam, adeoque nec cogi illum posse ad aperiendum testamentum.

2. (b) Modus aperiendi erat, ut Praetor rogatus cogeret signatores convenire et sigilla sua recognoscere, quorum ubi major pars convenisset, fiebat resignatio, et recitatio, *l.* 4. *et l.* 6. *h. t. ad* absentes tabulae mittebantur, ut agnoscerent, ne suo incommodo ad locum haereditatis jacentis se conferre cogerentur, officiumque suum illis esset damnosum. *l.* 7. Quin et si plerique, vel omnes abessent signatores, Praetor aut Proconsul ad aperiendum procedere poterat, adhibitis optimae opinionis viris, coram quibus fieret descriptum et recognitum instrumentum, ut deinceps ad signatores absentes tabulae mitterentur, siquidem extarent; mortem enim eorum valori testamenti non praejudicare, verius est, per *d. l.* 7. *et l.* 2. *C. h. t.* Vigl. *ad* §. 6. *I. de Testam. Ordin.*

3. Diximus antehac, tempore Claudii, primum fuisse institutum, *ne tabulae nisi pertusae, ac ter lino per foramina trajecto obsignarentur*, ut refert Suetonius *in vita* Claudii *Neronis cap.* 17. *in f.* Idem addit, tum *esse cautum, ut in testamentis primae duae cereae, testatorum modo nomine inscripto, vacuae signaturis ostenderentur, ac ne quis alieni testamenti scriptor, legatum sibi ad scriberet* Hoc quidem a Claudio, non Nerone, sed ejus Patre constitutum est. *l.* 15. *in pr. ad L. Corn. de Fals. l.* 3. *C. de His, qui sibi adscrib.* Unde reliqua ab eodem esse, erratumque a Suetonio, conjicit Torrentius *ad locum praedictum.* Ex his liquet, Praetorem linum illud triplex in aperiendo incidisse, quo inciso legi et describi poterat testamentum, salvis signis, ut deinde rursus obsignatum ad testes, qui signa sua recognoscerent, mitteretur. l, 1. §. *pen. de B. P. sec. tab. d. l.* 7. *h. t. l.* 2. *C. h. t.* Sed quod in ipso testamento duae priores cerae dicuntur vacuae signaturis fuisse; non ad ceras, quibus illud triplex linum erat obsignatum, referri debet, etsi Justinianus linum et ceram conjungat in §. 3. *I. de Pupill. subst.* verum ad tabulas ceratas, in quibus veteres scribebant, et in quibus ipsum testamentum constabat. In prima cera primi haeredes scribebantur, ut in illo Horatii 2. *Sat.* 4.

(a) *Pos.* 5. *et Pos.* 2. *tit. praeced.* (b) *Pos.* 4.

Quid prima secundo
Cera velit versu, solus multisve cohaeres.
In secunda cera substituti haeredes suum habebant locum: proinde testator in prima cera nomen suum ponebat primo versu, secundo et sequentibus versiculis nomina haeredum: In secunda cera similiter nomen suum primo versu, dein substitutos haeredes. Sed Claudius jussit ad falsa praevenienda, ut Testator, antequam testes signarent, suum nomen dumtaxat in utraque cera sive tabula pingeret, nihil praeterea, vacuasque obsignaturis testibus ostenderet (ne quis *vacuas signaturis*, id est ipsis *signis*, apud Suetonium accipiat) sequentes ceras sive tabulas ceratas, implebat legatis, aliisque voluntatibus suis: post omnia testes subscribebant, nam sine subscriptione signa nihil valebant. *l.* 22. §. 4. *Qui testam. fac.* Postquam testes subscripserant, idque priusquam haeredum nomina collocata forent, Testator ipsemet, aut is cui fiderit, haeredum nomina tam primorum quam substitutorum, in primam secundamque ceram conferebat, antequam tamen clauderetur testamentum, et signis testium firmaretur, ne quis putet, liberum fuisse Testatori quovis tempore nomina haeredum supplere; id enim *unitati contextus*, qua in Testamentis subtilissime requiritur, adversum foret.

4. Quando igitur Praetor ad aperiendum procedebat, primo inspicienda erant lina, quibus erant perforatae et circumligatae tabulae, satin' essent integra. Si non; inquirendum erat, essetne linum vetustate situve putrefactum, vel a muribus rosum, aliove casu ruptum; vel ab ipso Testatore incisum. Hoc enim casu Tabulae pro non signatis habebantur, prioribus causis peti quidem poterat haereditas, sed non possessio *provisionalis*, quam vocant, ex *l. ult. C. de Ed. D. Hadr. toll.* juncta *l.* 1. §. *pen. et ult. de B. P. sec. tab.* Integro lino et sigillis, apertura fiebat, ita ut modo diximus ex. *l.* 7. *et sequ. h. t.* et Paulo *d. lib.* 4. *tit.* 6. (n) Consequentes inspiciebatur, et describendum dabatur omnibus, quorum intererat, *l.* 1. *h.* non admodum exacto, quatenus intersit; inquiritur, modo, si opus, de calumnia juretur. *l.* 3. *C. h. t.* In describendo celabatur olim dies et consul, ne quis falsum imitamento fabricari posset. *l.* 2. §. 6. *h. l.* 3. *C. eod.*

5. Ex his intelligi potest, quam solliciti Veteres fuerint in evitandis falsitatum occasionibus: quae pleraque hodiernis moribus negliguntur. Nam primo totum testamentum scribitur, antequam testes subscribant, etsi illis non praelegatur. Signacula non solent addi. Nullo lino perforatur, ne quidem circumligatur ut plurimum, quo cera sigillisque muniatur; etsi hoc modo fieri posse nihil vetat et fiat a sollicitioribus aliquando. Hinc etiam, moribus hodiernis, nulla fit apertura testamenti, quandoquidem non est clausum et obsignatum; nec si quando tale reperiatur, opus est adhibitis Magistratibus; sufficit coram testibus fieri; atque ut plurimum ea res elato funere inter amicos administratur. Etsi possunt aut haeredes aut hi quorum interest, si quid dubii subsit, aut majoris securitatis ergo, testes ad judicem curare vocandos; ut ibi manus suas agnoscant reique gestae seriem exponant. Sed fit raro apud nos. Tu vide Carpzovium *part.* 3. *C.* 5. *D.* 24. *et* 25. Mev. *part.* 3. *def.* 405. Describendi copiam petere possunt, et quotidie petunt hi quorum interest, eadem publici instrumenti libertate, quae legibus est prodita; sed cautio celandi annum et diem, non adhibetur: segnioribus, ut videtur, hominum in hac frigidiori parte mundi, ingeniis ad gubernandas falsi subtilitates, quam olim fuerint in Italis: etsi cupiditas forte haereditatum non est minor, ut superioribus annis in Galliis, per aquas pulveresque successionum, quas vocabant, notabiliter compertum est,

T I T. IV.

SI QUIS OMISSA CAUSA TESTAMENTI AB INTESTATO VEL ALIO MODO POSSIDEAT HAEREDITATEM.

I. Sententia et usus tituli. II. Casus, quibus cessat haec actio.

(a) Argumentum *hujus tit.* continetur in hac historia facti, quod usu venit, Paterfamilias unicam habens sororem, cum qua maritoque ejus non bene ei conveniebat, haeredem equidem illam instituit; sed pauperibus aliisque tot ac tanta legata reliquit, ut vix Falcidia sorori superesset. Haec cum haeres aeque scilicet ab intestato esset, omisso testamento, haereditatem adiit ab intestato, negans legatorum solutionem e testamento. Sed *argumento* hujus Rubricae coacta est satisfacere legatariis: nam Praetor voluntates defunctorum tuetur, et eorum calliditati occurrit, qui omissa causa testamenti, ab intestato haereditatem partemve ejus possideat, ad hoc ut

(e) *Pos.* 1. 2. *et* 3. (a) *Pos.* 1. 2. *et* 3.

eos circumveniant, quibus quid ex defuncti judicio debetur. *l.* 1. *pr. h. t.* Idem est, si quis per fraudem omiserit haereditatem, ut ad legitimum perveniret. *l.* 1. §. 13. Quod si pecuniam acceperit, etiam in solidum tenetur, etsi cum alio haeres sit scriptus. *l.* 10. *pr. h. t.* Alioqui non oritur inde poenale judicium, nec adeo Falcidiae beneficio privatur haeres ex hac causa. *l.* 18. §. 1. Quod etsi nullus dolus, sed nimia gratia scriptum haeredem impulerit, ut omitteret haereditatem, quo illa substituto, vel haeredi legitimo cederet, utilis actio danda est adversus possessorem haereditatis. *l.* 4. *in pr. et* §. 1. *h. t.*

2. (b) Sunt casus, quibus actio ex hac parte Edicti cessat, iique tres potissimum. I. Si testator haeredi alternationem adeundi e testamento vel ab intestato permiserit. *l.* 6. §. 1. II. Si quis omissa causa testamenti, pro emptore, vel pro dote, vel pro donato, sive alio quolibet titulo singulari, possideat haereditatem. *l. ult. h. t.* Tunc enim venditor, vel donator, vel dotis dator, quem haeredem fuisse oportet, conveniendus. Nam si falso ejusmodi titulos prae se ferat, cum ipsemet sit, veritati non praejudicari, quo voluntas defuncti circumveniatur, satis est manifestum.

TIT. V.

DE SCTO SILANIANO ET CLAUDIANO, QUORUM TESTAMENTA NE APERIANTUR.

(a) Domino morte violenta, non clam, sublato, haeres primo omnium, quaestionem de servis habere debet, adeo ut fiscus tamquam indigno auferat haereditatem, si quaestione neglecta haereditatem adierit, vel tabulas aperuerit. *l.* 1. §. 17. *et* 21. *l.* 5. §. 1. junct. *l. ult. h. t.*

(b) Atque haec fuit Sententia SCti Silaniani. Claudianum sententiam Silaniani *confirmavit*, et insuper jussit, viro occiso, de uxoris servis, et uxore occisa, de mariti servis aeque haberi, ac de propriis personae occisae servis, quaestionem. *d. l.* 1. §. *si vir.* 15. Paul. 3. *sent.* 5. *tit* §. *Neroniano.* 5.

(c) Accessit edictum Praetoris *in l.* 25. §. *ult. h. t.* quo cavetur, ne sciens quis testamentum dolo malo aperiendum, recitandum, describendum curet, priusquam de servis quaestio habita fuerit: et ut is, qui adversus ea fecerit, teneatur actione populari in centum aureos: cujus summae dimidia pars accusatori conceditur, altera dimidia confiscatur. *d. l.* 25. §. *ult. h.* Adde *l.* 14. *l.* 22. *et l. ult. h. t.*

Caeterum, nullis hodie servis, etiam his Senatus-Consultis otium esse factum, res ipsa loquitur: An, si per extraneos, caede facta, haeres hodieque non teneatur ad simile officium, videbimus ad *tit. de His, quae ut indign.*

TIT. VI.

SI QUIS ALIQUEM TESTARI PROHIBUERIT VEL COEGERIT.

I. Effectus prohibitionis, ne Testamentum fiat, Confiscatio. II. In casu coacti Testatoris ad testandum, haereditatem non redigi in Fiscum, nec esse locum hoc casu Edicto Quod metus C.

(a) Bimembris haec est Rubrica; prima pars agit de prohibitione ac impedimento Testatori injecto, ne vel faceret, vel mutaret Testamentum. Altera de coactione, per quam is, qui testari nolebat, compulsus est ad testandum, aut aliter quam vellet, testandum. Priore casu, qui captat haereditatem legitimam, vel ex testamento, privatur actionibus haereditariis et Fisco haereditas defertur. *l.* 1. *in pr. h. t.* In quo commisso factum alterius alteri non nocet, qui scilicet ab intestato, vel priori testamento rite facto, jus succedendi habebat; confiscatio enim est poena, quae non nisi noxiis infligitur. Excipitur, si Pater vim fecit in utilitatem liberorum, *l.* 1. §. 1. sed fratris unius factum, alteri fratri sororique non nocet. *l* 2. §. 1. Ne legatarii quidem violentia nocet fideicommissario, cui id ipsum legatum restitui debet. *d. l.* 1. §. 1. Cum vi comparatur hac parte dolus *l. 2. pr. h. t.* quo pertinent mendacia et calumniae, non blanditiae, *l ult. h. t.* nisi quod preces importunae, instantes, adsiduae, inprimis si adsit pondus reverentiae, quam proxime ad metum accedere videntur. Sand. *lib.* 4. *tit.* 2. *def.* 11. Wissenb. ad *h. t. th.* 11.

2. De secunda parte Rubricae, nihil est in nigro, sed in *l.* 1. *C. h. t.* Ita est scriptum. *Civili disceptationi crimen adjungitur, si Testator non sua sponte testamentum fecit, sed compulsus ab eo, qui haeres est*

(b) *Pos.* 4. (a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 2. (c) *Pos.* 3. (a) *Pos.* 1. *et* 2.

institutus, *vel a quolibet alio*, *quos noluerit*, *scripsit haeredes*. Non est dubium, quin hoc casu scripti haeredes, non fiant haeredes, quia testatoris voluntate destituuntur. *l.* 9. *de Haered. inst.* Sed de haereditate quid fiat, merito quaeras, utrum ea tum Fisco deferatur, an ad haeredes ab intestato pertineat; Fisco eam deferri, communiter tradunt, ac ita D. Wisseob. *d. th.* 11. adducta *l.* 1. *C. h t.* quae nihil ejusmodi, et verba *superius* sita demonstrat, continet. Sed ratio vult omnino, haereditatem eo casu manere penes haeredem legitimum, vel priore testamento jure scriptem: quis posteriss testamentum per *crimen* est compositum, cujus poena non debet eum, qui nihil deliquit, affligere; ut faceret, si haereditas ipsi adimeretur; nec Fisco alieni criminis poenam in alterius damni occasionem arripere debet. (b) His accedit, quod testamentum vi metuque expressum, sit ipso jure nullum; etenim Edictum quod metus causa, ad ultimas voluntates spectare non videtur, *arg. l.* 1. *quod met. caus.* junct. *l.* 20. *de V. S.* unde sequitur, testamentum vi factum, non rescindi, sed esse ipso jure nullum, per *l.* 5. *C. de LL.* add. *l.* 20. §. *ult. Qui test. fac. poss.* ubi cosetie testium infert nullitatem, multo magis coactio testatoris. Quod si tale testamentum sit ipso jure nullum, ut pro non facto habeatur, haeredi legitimo vel antea rite scripto, per illud nihil decedere potest. Ita et recte Thomasius ad *posit.* 1. *h. tit.*

N. ADDIT.

Correxit hic Auctor opinionem suam in positionibus defensam, secundum monita Scholii nostri. Ergo ut clarius id evadat et positiones ejus et scholium nostrum erit apponendum.

Posit. 2. *Aufert etiam fiscus haereditatem ei*, *qui defunctum testari coegit*, (a) *vel prohibuit*, l. 1. D. et C. h. t. *et locum habet*, *etiamsi quis in gratiam alterius coegerit*, d. l. 1. C h. *nisi is*, *qui scriptus est*, *ab intestato jus habeat*, *vel priori testamento jure sit scriptus et fraudis ignarus*: *huic enim factum alienum non nocet*, *ut quidem videtur* l. 2. §. 1. h.

(a) Vix cohaeret cum hac Auctoris assertione, generali, ea, quae habet *posit.* 3. Si enim testamentum, in quo testatur vi, metuque ad testandem coactus fuit, est ipso jure nullum, sane fiscus non potest haereditatem auferre in poenam. Nam haeredes ab intestato nihil deliquerunt. Is vero; qui ita scriptus est, ex testamento nullo nihil consequitur, quod ipsi auferri queat. Ergo potius distingue: Vel testari prohibetur, vel cogitur. Si prohibetur, tum vel ab haerede legitimo, aut in priori testamento scripto, et tum hujus portionem aufert fiscus, *l.* 1. *pr. h. l.* 9. *de haered. instit.* reliquis vero cohaeredibus id non nocet, *l.* 2. §. 1. *hic.* vel a tertio, et tum iterum non nocet prioribus haeredibus *l.* 1. §. *f. l.* 2. . 1. *l. f. hic.* Si cogitur, tum testamentum istud est ipso jure nullum, sive cogentem instituerit in eo testatur, sive extraneum, et haeredites manet legitimis, aut in priore testamento scriptis, nam edictum quod metus causa tum locum non habet. *Vid. Schurz. in comp. h. t. p.* 397. Usum modernum pete ex Carpz. *Part.* 3. *const.* 5. *d.* 7. . . . . 16.

2. *Accedit ratio*, *quia confiscatio est poena*, *quae non nisi contra nocentem habet locum*, *alioqui eum vi comparatur dolus*, d. l. 2. pr. *quo pertinent mendacia et sugillationes*, *quibus testatur seductus est*, *non blanditiae*, l. ult. h. t. *nisi quod preces importunae*, *instantes*, *adsiduae*, *proxime ad vim accedere videntur*, *maxime si reverentia illis juncta sit. Sand.* l. 4. tit. 2. def. 11.

His ita constitutis, nihil est in hujus tituli argumento, quod aequitas morum hodieque aversetur; Nisi quod jus Fisci multis locis hac parte sit abrogatum; qua de re videbimus ad *loc. com. Quibus ut indign.*

TIT. VIII.

DE JURE CODICILLORUM

I Remissio. Discrimen inter codicillos et testamenta, *multis locis obsoletum. II. Usum locorum*, *quae jure civili utuntur*, *quoad hoc discrimen valde esse coarctatum. III. Discrimen inter populos*, *qui jure civili utuntur*, *et caeteros*, *quod ad clausulam codicillarem.*

(a) Hujus tituli materiam parstitlarem, exhausimus ad Instit. *tit. ultimo libri secundi*, quo perinde, si quas remissiones *supra* ad hunc locum factae sint, remittimus Lectorem, quemadmodum et de celebri clausula Codicillari, quod satis est, illic actum videtur. Praesertim, quia

(b) *Pos.* 3. (a) *Pos. un.*

Scriptores hujus seculi magno consensu nullam esse differentiam inter codicillos et Testamenta, tradunt, relati a Groenewegio ad *tit. Inst. de Codicil.* et D. Voetio *ibid. art. de Moribus*; qui etiam inde colligit, nullam amplius esse necessitatem clausulae condicillaris, etsi a Tabellionibus more potius, quam juris ergo subjici soleat. Cum enim testamentum nihil amplius ordinationis quam codicillus desideret, manifestum est, illa clausula non esse opus, ut testamentum jure codicilli valeat. Hinc etiam codicillis *haereditatem directo dari et adimi, adeoque et exhaeredationem scribi. moribus nostris nihil vetat*, ait ex Barone Groenewegius ad §. *ult. d. tit. Inst.*

2. Noster usus, aliorumque populorum, qui pro norma jus civile habent, atque adhuc in testamento septem, in codicillo quinque testes requirunt, ab hac confusione alienissimus esse deberet. Videndum tamen, ne parum absit, quin et invita jurisprudentia eodem redacti simus; postquam placuit et saepe judicatum est, testamentum non habens haeredis institutionem, si tamen habeat requisita codicilli, pro codicillo esse habendum; etsi clausula codicillari careat, quemadmodum demonstravimus *ad tit. de Haered. inst. a pr.* Nam quid opus clausula codicillari, si testamentum quantum est ipsum, pro codicillo haberi possit? Tu dices; Etsi testamentum sine haeredis institutione, et sine clausula codicillari valeat jure codicilli; non ideo testamentum cum haeredis institutione coram quinque testibus factum pari jure codicilli valebit, si clausula codicillaris absit. Imo nulla est ratio negandi hanc consequentiam: quia numerus quinque testium, non minus arguit animum codicilli faciendi, quam omissio haeredis institutionis eundem arguit.

3. Plane igitur sic statuendum est, Testamentum imperfectum ex nostro adeoque generali usu vim habere codicilli, utcunque nulla in hanc rem clausula sit adjecta. Sed hoc interest. In locis, ubi forma testamenti et codicilli promiscue exercentur, haeredis institutio, substitutio et exhaeredatio, denique Legata sola sine haeredis institutione, simpliciter et directe valent, etsi forma non sit testamentaria civilis. In reliquis locis, ubi forma testamenti Romana servatur etiamnum, isti articuli, quos recensuimus, in scriptura non habente septem testes aliaque solemnia, directe non valent; sed haeres legitimus, aut testamento ante rite scriptus, relicta implere debet, retenta pro se Trebellii Quarta, secundum ea, quae ad *Inst. h. t.* demonstrata sunt. Qualis detractio Trebellianicae apud eos, qui talia directe in scriptura habente subscriptionem Notarii duorumque testium valere volunt, non habet facultatem. Nam fideicommissi illius ratio haec est: Codicillus habens directam haeredis institutionem, substitutionem, exhaeredationem, hactenus ipso et summo jure nullus est. Sed quia Testator animum dumtaxat suum, quid fieri vellet, qualicunque modo significavit, ita colligitur *Testatorem voluisse rogatum haeredem legitimum, aut testamento prius institutum, ut quae codicillo vitioso scripta sunt, implere velit.* Hujusmodi tacita rogatione nihil opus est illis, qui talia directe in scriptura non habente septem testes, fieri posse statuunt; nec habet tunc omnino illa rogatio terminos habiles. Aliud est in praeteritione, caeterisque vitiis, quae in testamento commissa; per clausulam codicillarem eandemque fideicommissi methodum sanari volunt Dd. Cum enim talia nec in Testamento nec in codicillo directe subsistant, sed omnis ultima voluntas illis vitiis summo jure nulla reddatur, non potest voluntas Testatoris effectum habere, nisi hoc modo; Ut haeres legitimus, vel antea recte scriptus, censeatur rogatus, ut his, qui testamento codicillove male sunt vocati, restituat haereditatem, quod tum facultatem detrahendi Quartam supponere, manifestum est.

LIB. XXX. DE LEGATIS ET FIDEICOMMISSIS I.

LIB. XXXI. DE LEGATIS ET FIDEICOMMISSIS II.

LIB. XXXII. DE LEGATIS ET FIDEICOMMISSIS III.

Argumentum materiae, et remissio ad Inst. II. Ad definitionem Legati observantiunculae. III. Differentiae legati et fideicommissi. IV. De re aliena legata, et quam rarus ejus usus. V. An si legatarius alienae rei, emerit illam sciens, aestimationem petere possit. VI. Quid si res sub conditione legata fuerit. VII. Recte mihi legari rem a me emptam non solutam, vel saltem non traditam. VIII. Quid si legata sit res, Testatori cum alio communis. X. Quid si legetur res a testatore et legatario pariter empta. X. Alia species eo pertinens, tractatur, et exemplo rei judicatae illustratur. XI. De personis incertis, quibus legetur. XII. Jus Accrescendi valere in quantitate legata. XIII. Haeredem, cui optio data erat, an vellet esse haeres e legitima, an certum capere legatum, legatum si elegerit, non habere jus Accrescendi. XIV. Expositio legis 74. de C. et Dem.

(a) Sequitur ingens tractatus de legatis, in plures articulos sectus, quorum tres totidem libris, caeteri quatuor sequentibus absolvuntur. Tres libri, quos nunc aggredimur, aguot de rebus, de personis et de modo legandi, quae tria membra copiose ad Institutiones executi, heic more nostro singularia sectabimur, ad usum maxime pertinentia. Nam difficultates ad textus intricatioresque antinomias, quales heic minime desunt, si non incidant in expositionem fundamentorum juris, ut a paratitlari institutione aliena, modumque excedentia nostrum, praetervehemur. Habent apud Wissenbachium aliosque, nostri auditores, quibus exerceantur, idque agimus in Exercitationibus disputatoriis.

2. Ad definitionem Legati quod fit *Donatio quaedam a defuncto relicta, ab haerede praestanda*, sic notant, qui mores cum jure Rom. conferunt: *Usu fori legata non semper ab haerede praestanda, sicuti nec jure Romano novissimo, quia etiam debentur deserto testamento, vel ab executore testamento nominato, nullo scripto haerede, prestantur.* P. Voet. *ad Inst. a pr.* ex Alexand. 2. *consil.* 2. Cuik *ad Cravett. consil.* 324.

Quod ad jus novissimum attinet, possunt equidem legata relinqui, etiam ut a legatariis praestentur, postquam legata cum fideicommissis, quorum id olim erat proprium, *pr. I. de sing. reb. per fideic.* sunt adaequata, *l.* 2. *C. Comm. de legat. et fideic.* sed definitiones sumuntur ex eo, quod plerumque fit, legata legatariorum rariora sunt; praeter quod sine dubio concedendum est, hanc definitionem juri antiquiori esse convenientem, ut apparet e collatione *d. pr. de Singul. reb. per fideic.*

Quod autem ille de moribus Gentium scribit, legata quoque deberi, testamento deserto, nequaquam ubique juris, utique nec apud nos est. Stamus heic, ut alias semper, dictamine juris Civilis, quod ita tradit: *si nemo subiit haereditatem, solvi omnem vim testamenti*, certis dumtaxat casibus exceptis, quos refert Sandius *lib.* 4. *tit.* 4. *def.* 10. Nationes aliae magis sequuntur aequitatem Canonicam, cujus etiam ex Vivio *decis.* 419. *n.* 3. meminit Sand, *d. def.* 10. *in pr.*

Verum est tamen, fieri posse, ut *nullo haerede scripto*, legata nihilominus debeantur. Nam legata jure novo relinqui possunt etiam in codicillo; quod olim non nisi de fideicommissis erat receptum §. 10. *Inst. de fideicommiss. haeredit.* et quidquid in fideicommissis specialibus obtinet; hodie quoque de Legatis affirmatur. *d. l.* 2. *C. Comm. de leg.* Jam vero testamenta, licet haeredis institutione careant, tamen habentur pro codicillis, etsi Clausula codicillaris non sit adjecta, sicut habuimus *in tit. de Haered. instit.* proinde legata in testamento sine haerede relicta, tanquam e codicillo, ex usu fori nostri adhuc peti poterunt.

Sandius *in d. def.* 10. numerat inter casus, quibus legata, destituto testamento, peti possunt, hunc; quando clausula codicillaris in testamento adscripta est, quia tum legata tanquam fideicommissa peti possunt a venientibus ab intestato.

(a) *Pos.* 5.

Sed res loquitur, etsi clausula sit omissa, nihilominus legata peti posse, per ea, quae Sandius ipse tradit in *lib.* 4. *tit.* 1. *def.* 12. et nos ad *tit. praeced.*

Ex eodem, inquam, fundamento sequitur, etsi testamentum inde ab initio non habeat haeredis institutionem, neque adeo clausulam codicillarem, legata nihilominus a legitimis haeredibus esse praestanda.

Quae res iterum argumento est, quam sit inimica jurisprudentiae, opinio illa pragmaticorum; quod testamentum sine haeredis institutione clausulaque codicillari, valeat ut codillus; et quam late pateat strages; quae per hanc positionem in sententias et capita juris civilis infertur.

3. (b) Dictum est alias, legata et fideicommissa per omnia esse adaequata, *l.* 2. *C. Comm. de legatis et fid. l.* 1. *h. t.* quod ad effectus videlicet; at res et termini adhuc sunt distincti. Nam I. diversas habent definitiones et etymologias. Legatum dicitur, quis legis modo, id est, imperative relinquitur: fideicommissum, quia fidei et pudori committitur ejus, qui praestare rogatur. *pr. et* §. *ult. Inst. de fideic. haered.*

II. Appellatione Legati saepe significatur fideicommissum: fideicommissi vero appellatione nunquam significatur legatum. Cujac. 4. *observ. cap.* 23.

III. Omne legatum est particulare, fideicommissum vero partim est universale, partim speciale seu particulare.

IV. Fideicommissi proprium est, non legati, ut qui praesens a testatore rogatus est, omnimodo fideicommissum solvere cogatur, etiamsi nullus testis adfuerit, nisi juret, se non fuisse a testatore rogatum. §. *ult. Inst. de fideic. haered.*

4. Haec ad praecognita. Transeamus ad RES. * Valere legatum Rei alienae, constat, neque Moribus id abrogatum videtur; Etsi raro admodum accidat, ut sciens aliquis rem non suam alii leget. Quoties autem accidit, ut hujusmodi species in judicio tractarentur, fere ita memini observatum, Testatorem in opinionis errore fuisse versatum. Notabiliter in causa, quae magnis animis superioribus annis agitata est, inter partes praenobiles. Juliana ab Obstheim, vidua D. B. de Verwou, legaverat domum amplam Franekerae sitam cum fundis ad eam pertinentibus, quae fuerat mariti sui, et quam is jam pridem alii legaverat. Vir Nobilissimus Hero ab Ockinga, haeres mediate Testatoris et Testatricis, conveniebatur ab uno ad domum ipsam, ab altero ad aestimationem praestandam. Sed compertum est, Julianam in ea fuisse sententia, maritum sibi jus legandi de suis quoque bonis fuisse impertitum. Qua de re melius edocta suum quidem legatum revocavit per codicillum, etsi de verbis ejus ambigebatur; Sed non est dubium, quin in casu dubio facienda sit interpretatio pro haerede, ne bis eandem rem praestare cogatur, facilisque praesumptio incedit testatorem vel testatricem non fuisse mentis ejus, ut rem nec suam, neo haeredis sui, maximeque alii legatam, rursus legatam vellet. Atque ita bis a Curia per revisionem quoque judicatum est.

5. Fit aliquando, ut Legatarius, cui diserte res aliena legata est, eam rem emat, antequam sibi aut haeredi praestetur, §. 6. *Inst. de Legat. l.* 34. §. 7. *l.* 84. §. 5. *de Legat.* 1. ubi casus paulo diversus, sed eadem est ratio, proponitur enim Legatarius ab haerede ipso emisse rem legatam, et dicitur, si pretium non solverit, rem sine pretio, quod si jam solverit, rem una cum pretio recuperaturus.

Quamvis autem ibi legatarius, *ignorans*, rem sibi esse legatam, emisse referatur, tamen in re legata et postmodum empta vivo testatore, nihil interesse videtur, sciat an ignoret Legatarius esse legatam, quia textus in *d.* §. 6. *et d. l.* 34. §. 7. indiscrete loquuntur; neo ratio ulla aut ex voluntate Testatoris, aut ex facto haeredis, quae scientem mulctet, proferri potest. Testator bene cupiens Legatario, et sciens, quam is rem illam impense diligat, vult gratis ut eam habeat, pretiumque suis ex bonis solvatur. Legatarius non ferens desiderium, et exspectationem mortis Testatoris, eam emit, sciens, per emptionem illam, conditionem praestationis, quam Testator haeredi injunxit, nihil mutatum iri; pretium enim et jam solvere debet et solvere debuisset, si non emere occupasset. Atque ita nec defuncti voluntas pervertitur, nec Legatarius quidquam fecit, quo juri suo renunciasse videri possit. Quid autem in *d. l.* 84. legatarius ignorans punitur, minime obscurum est, quare id ibi fiat; Legatarius enim ab ipso haerede emit rem sibi legatam post mortem Testatoris, quod quidem sciens faceret sanus homo

(b) *Pos.* 1. 2. 3. *et* 4.

* Inter res legari prohibitas, est nostro jure Gerada, de ea enim in proximae cognatas praejudicium, ultima voluntate disponere non permittit *P.* 2. *C. El.* 14. interim hujusmodi legatum non plane inane est, sed legatarius aestimationem ejus petere posse videtur, *a.* § 4. *I. de legat. l.* 39 §. 7. *ff. d. leg. I.* ceu *resp. Fac. Jur. Lips. Mens. Jan. A.* 1700. Conf. Carpz. *P.* 2. *C. El.* 14 *def.* 2. Diss. Schulter. *ad ff. ex* 39. §. 27. Consent. *resp. Fac. Jur. Lips. Mart.* 1619. ap. Strauch. *Exerc. Just. X th* 3. add. Dn. Thomas. *in annot. ad d. th.* 3. *verb. aestimationem praestandam. p.* 117. qui inter Geradam testatricis propriam et alienam legatam distinguit, ac priori casu legatum valere negat, posteriore concedit.

nullus. Sic etiam in §. 6. *h.* casus rei alienae legatae et emptae, proponitur ita, *Si vivo Testatore Legatarius dominus factus fuerit.* Non quod a contrario sensu inde colligi liceat, aliud esse juris, si mortuo Testatore idem contigerit, sed tempus vivi *Testatoris* exprimitur, quia raro contingit, ut post mortem ejus, quando testamentum plerumque aperitur, et Legata continuo praestanda sunt, *l.* 47. *pr. de Leg.* 1. legatarius de emptione cogitet, quanquam usu id venire potest, si vel legatarii quam haeredis commoditas ad emendum major sit, vel testamenti sententia ignoretur.

Accursius, cui Sandius valide adsentitur *lib.* 4. *tit.* 4. *defin. penult.* intelligit in specie *d. l.* 84. §. 5. rem sub conditione legatam; quod verba textus ferre non videntur; *si cognitu Legatu, ex testamento egerit, et servum acceperit.* Primo dicitur, Legatarius ignorasse legatum; dein cognovisse; *cognito* egisse, et accepisse. Ubi nihil ad petitionem et praestationem legati, quam cognitio requiritur, ibi legatum conditionale, quod existente demum conditione petitur, minime intelligi potest; Praeter quod omitti non debuisset ejusmodi adjectio, qua tota Legati natura mutaretur. Argumentum Accursii est, si res pure legata fuisset, emptio non valeret; quia rem nostram emere non possumus, res autem pure legata nostri statim dominii est. *l.* 64. *de Furt.* Respondendum videtur, emptionem non dici valere, id est subsistere et effectum habere; Sed tantum actionem inde nasci, non ut impleatur, contractus, sed ut retractetur. Hoc autem in jure proditum est, contractum emptionis in se nullum, aliquando eatenus tenere, ut is, qui per alterum est persuasus requisita validi contractus adesse, actione ex empto id quod sua interest consequi possit. §. *ult. I. de contrah. emp. l.* 4. *et l.* 62. §. 1. *eod.* Quo sensu dici potest, in exemplo *d. l.* 84. actionem competere ex empto, nec tamen valere contractum; imo specialiter de emptione rei propriae constat; etsi contractus est nullus, repetitionem ejus quod datum est competere. *l.* 16. *pr. de Contrah. empt.*

6. Hoc obtento, sequi audebimus, etiam ex theoretica juris ratione, communem Dd. sententiam; quod is, cui sub conditione res legata, vel fideicommisso relicta est, si pendente conditione illam emerit, posteaque conditio extiterit, actione ex testamento pretium repetere possit, sive ab alio, sive ab haerede emerit ipso, et quidem seu sciverit, sive ignoraverit rem sibi esse relictam. Idque primo; quoniam emendo nihil fecit, quod cum voluntate defuncti indignum reddere possit, aut quo liberalitati testatoris renunciasse videatur, ut paulo ante latius. Ratio altera, quoniam, qui rem alienam sibi legatam idque sciens emit, pretium tamen ab haerede possit petere, ut modo diximus. Quare non aeque in re sub conditione legata? Vix alia ratio proferetur, quam quod is, qui sciens emit, legato renunciasse videatur. At hoc falsum esse, docet Pomponius in *l.* 45. §. 1. *de Leg.* 2. Nam *si sub conditione*, inquit, *vel ex die certa nobis legatum sit, ante conditionem vel diem certam repudiare non possumus;* quibus verbis ratio tertia continetur. Item quod in *d. l.* 84. habetur, si *ignorans* emerit, id nihil obstare, quia non oportet credere, ibi de re sub conditione legata esse actum, ut modo ostendimus. Veruntamen in eo, qui sciens emit rem sub conditione sibi relictam, cessare videntur termini habiles actionis ex empto, tam si ab haerede, quam si a tertio emerit. Nam huic nihil omnino objicere potest, cur venditionem velit retractari: Sed neque haeredi; quia in pari contrahentium causa neuter adversus alterum agere potest, quoniam actio nascitur ex inaequalitate. *arg. l.* 3. *Condict. ob turp. caus.* Atque hoc est, quod in *l.* 29. *de Action. empti.* indicat Julianus: *Cui res sub conditione legata est*, inquit, *si is eam imprudens emerit, actione ex empto poterit consequi pretium*, jam videlicet solutum. Verba *si imprudens*, innuere videntur, hanc esse conditionem, sub qua repetitio datur; qua cessante, repetitionem quoque cessare consentaneum est. Sed non ideo Legatarius ab actione ex testamento, eo quod sciverit, excludetur, quia in hac dispar est ratio. Ex empto agenti recte opponitur: Cujus per errorem facti retractatio est, ejus consulto facti obligatio est. *arg. l.* 53. *de R. J.* Frustra ad rescindendum id allegas, quod in contrahendo scisti, clare *in l.* 1. §. 1. *de Action. empt.* Sed agenti ex Testamento, nihil tale nec aliud quidquam objici potest, ut totics dictum. Dissent. Ant. Faber. 5. *Conject. c.* 16. *et lib.* 6. *Cod. Sab. tit.* 25. *definit.* 15. Cui egregius Sandius cuperet adstipulari, si per curiam liceret. *d. lib.* 4. *tit.* 4. *def. ult.*

7. Non posse mihi rem meam legari, dictum est. Verum si quis amico legaverit rem ab ipsomet emptam, at nondum traditam neque solutam, dubium non est, quin Legatum valeat; pretiumque et res, actione ex testamento possit peti, vel pretium per illam, res a venditore ex empto; quia certum est illud Legatum non esse rei propriae legatarii, sed alienae; cum sit notissimum, non nisi traditione dominium transferri, et hoc quidem dubio caret; quin idem dicendum, si res jam tradita sit emptori, et propria ipsius facta, sed pretium nondum sit solutum; Legatarius enim id, quod sibi abest, petere ab haerede potest. *l.* 34. §. 7. *de Leg.* 1. *l.* 84. §. 5. *eod.* Neque enim in infinitum illud verum est,

Legatum rei propriae inutile esse; si quid enim Legatario ad jus libere ea re gaudendi desit; ejus petendi habet copiam. Hinc si legata mihi sit res propria, quam alii oppignoraverim, haeres creditori meo satisfacere cogitur, ut rem libere habeam. *l.* 86. *pr. eod.* Ratio, quia cum liqueat, Testatorem voluisse erga legatarium esse liberalem, effectum ea liberalitas, quatenus ulla ratione fieri potest, obtinere debet. Ut fiam dominus rei meae, non poteat efficere Testator, sed ut rem meam sine onere habeam, id facile poteat, modo id onus mihi tempore testamenti facti incumbat. His consequenter, si legata mihi sit res empta a me atque soluta, sed nondum ullo modo tradita, quia res haec mea non est, sed aliena, sine dubio dicendum, valere Legatum, et pretium peti posse, quia hic cessat ratio, qua legatum inutile redderetur, ex §. 10. *I. h. t.* ubi: *quia quod proprium est ipsius, amplius ejus fieri non potest.* Vere enim ante traditionem res aliena est, nunquam mea facta, quia modus, per quem unice mea fieri debet, non est perfectus. Quod lex igitur ejusque ratio non evertit, cur id stare prohibetur?

8. Jam si quis rem partim suam, partim alienam, id est absque divisione cum alio communem, simpliciter amico leget, satis expeditum est, tametsi non qui dissentiant desint, eam totam deberi. Nam si partem putares, utram detraheres? Non propriam Testatoris; nec magis alienam; quippe cum Legatum rei alienae valeat, si totius, quidni partis? Quod in re plane aliena statuit Imp. μετὰ πολλῆς σκέψεως; de eo, in re partim propria, partim aliena, dubitandum non est, cujus rei argum. est in §. 25. *I. de adquir. rer. dom.* nimirum si scrupulus ex eo, quod res aliena erat, sit ortus, ut hic *et d.* §. 25. Sane si Testator pro *mea* parte dixerit, aut quatenus est *mea*, clara scilicet res est, non deberi plus dimidia. Imo si dixerit, *meam* rem quae communis est, sentire intelligitur, quatenus est *mea l.* 5. §. *ult. de Leg.* 1. (1) Minus dubium erat si rem a se cum alio emptam, sed nondum traditam, simpliciter legarit; tota enim res deberi videtur, quia tota aliena est, nec quidquam adjectum, ex quo de parte locutus intelligatur: at si dixerit, fundum *a me* emptum, neque de sua parte sensisse videtur atque in re propria vocem *mei* idem inferre, diximus ex *d. l.* 5. ubi Labeo reprehenditur, quod legatum rei communis, adjecta voce *mei*, totum deberi scripserit, non obscure indicato, ita fore, si absit vox *mei*. Quod si dixerit, *Lego tibi fundum*, *quem ego et Titius emimus*, integer fundum deberi videtur, quia totum legato complexus est, neutrique parti quominus legari possit, quidquam obstaculo est, idque sive fundus jam sit traditus, sive necdum. Utrumvis eligas, nihil quod ad hanc quaestionem discriminis reperies; Etenim in illud, quod rei alienae legatum valeat, omnia resolvuntur; subintellecto semper, si Testator conditionem rei sciverit.

9. Secundum haec, si Testator legaverit rem a se et legatario pariter emptam, dicendum, caput quaestionis esse distinctionem facti, utrum tempore scripti testamenti traditio perfecta pretiumque sit solutum, an non. Si utrumque fuerit factum, nemo dubitat, quin non plus parte dimidia debeatur, quia pars altera legatarii propria est, cujus nullum est legatum. Si res sit in nudis contractus terminis, et cis conventionem stet, formulam verborum spectari oportet; Si dixerit. *lego tibi fundum Cornelianum a me nuper emptum*, isque pro parte indivisa pariter a legatario sit emptus; dicendum, quod pars dimidia debeatur, quatenus Testator emit, quia hoc inferre verba *a me* emptum, modo ex *d. l.* 5. probavimus. Si dixerit, *fundum Cornelianum* simpliciter, isque sit ab ipso et legatario simul emptus, necdum traditus neque, solutus, ratio postulat, ut totum legatario deberi statuamus; partem testatoris, quia nemo de eo disputat, partem ipsius legatarii, quia adhuc est aliena et pretium illi incumbit, a quo Testator liberasse eum videtur, quia totum fundum, gnarus conditionis ejus, legavit, nec quidquam, ex quo de parte sensisse videatur, adjecit. Idem existimamus, quando scriptum est, *Lego tibi fundum*, *quem nuper tu et ego pariter emimus.* Utraque pars diserte legato comprehenditur, neutri, quominus jure legetur, quidquam potest opponi. Una debetur ut empta a testatore, pars altera, uti quam legatarius adhuc suam pretio facere debet, cujusmodi legatum liquido valere, *supra* occupatum est.

10. Verum ut hae voluntatis quaestiones plurimum subtilitatis ac divinationis habent, unaque vocula adjecta vel subducta aliter atque aliter se offerunt, facile potest fieri, ut Testatrix, disponens de bonis propriis, ac jubens *ea, quae communia cum marito habet*, *aequaliter inter illum et haeredes suos dividi*, *et aes omne alienum partito ab iis solvi*; si tum ex *bonis communibus unum alienumque fundum leget marito*, non aliter ea quam juxta naturam communionis legare censeatur, quatenus ipsa jus ad res emptas habebat; ut quidem pretium, quod pars aeris alieni est, communiter solvatur, bona omnia communiter dividantur, sed ista

(1) *Textus Pauli in* l. 24. de instr. vel instrum. leg. *me inducit*, *ut assentiar Vinnio*, *qui contendit*, *etiam tunc quando testator simpliciter dixit se talem rem legare*, *duntaxat deberi partem quae testatoris est*, *non alienam. Vide Vinnium* select. quaest. lib. 2. cap. 26. *Item ad* tit. Inst. de legat. §. 4. n. 3.

legata communioni subducta soli marito cedant. Hoc ex praecepto solvendi pariter aeris alieni, et divisionis reliquarum rerum communium, efficaciter colligi potest. Verum, si nihil aliud dixisset, *quam se ex bonis durante matrimonio coemptis, legare marito illos fundos, pro quibus pretium scisset adhuc esse solvendum*; in illa verba, *ex bonis*, rationem juris non immutarent; cum nihil in illis quam demonstratio contineatur, cujus generis bona illa sint, et quod Testatrix inter coempta communiter, illa recensuerit. Jam ut illos fundos secundum naturam communionis legatos dicamus, res loquitur, necessum esse, ut pro utroque conjuge, testatore atque marito, communiter empti sint. Potest enim fieri, ut conjuges fundum aliquem stante matrimonio emisse dicantur, nec tamen communio fundi empti sit inter eos. Nam pone, maritum jure sanguinis retraxisse fundum, sed uxorem pretii, ut fit, partem repraesentaturam. Hujus fundi nunquam uxor potest habere communionem, neque pretium ejus haeredibus pro parte incumbit. vid. Sand. *lib.* 2. *tit.* 5. *def.* 3. *vers. Porro si unus.* Ideo si declaret, se etiam ex bonis stante matrimonio coemptis, legare hunc fundum, dici non potest, eum legasse pro sua parte, quatenus ipsa jus ad adquirendum habebat, quia hoc nullum unquam esse poterat: sed ejusmodi res in legato reperitur, quae empta quidem est stante matrimonio, sed in effectu pro solo marito comparata, ab eoque solo persolvenda est: Unde non aliud juris hic esse potest, quam quod *supra* diximus in legato rei emptae a legatario, nondum traditae neque solutae.

Haec clariora fient exemplo rei judicatae, de quo mea memoria bis apud Curiam, dein Revisione magna certatum est. Josina ab Aysma, Piboni a Doma, Ordin. Frisiae a Secretis et dein Supr. Curiae Senatori, marito suo legavit duos fundos, a se cum Viro pariter emptos, sed unus et major ex illis a marito jure sanguinis, utriusque tamen voluntate, retractus fuerat. Eadem Testatrix voluit aes alienum a viro suisque haeredibus pariter solvi: atque inter species aeris alieni erant binae pensiones fundorum legatorum. Haeredes volebant, ut maritus has pensiones secus aequo jure solveret, sibique soli fundos retineret: Ille sibi legatos adserere et ipsis totam incumbere solutionem, et secundum hanc sententiam vicit in prima instantia, et, si nihil de aere alieno dictum fuisset, obtinere debuisset per ea, quae superius dicta sunt. In Revisione prima judicavit Curia, Testatricem jubendo aes alienum partito solvi, idem voluisse videri de pensionibus residuis fundorum legatorum; et marito satis constare beneficium legati in eo quod pro parte dimidia pretii totum haberet fundum. Quod in Revisione magna, cui ipse ab Ordinibus evocatus interoram, similiter visum; sed accidit tamen ἀπροσδόκητον, ut haeredes alterius fundi pretium soli solvere juberentur, quia totus erat proprius mariti, utpote per Retractum sanguinis adquisitus; Res autem mea mihi legata, non soluta, me pretii solutione liberat, ut modo probavimus. Nec obstabant verba, solutionem aeris alieni communis utrique parti injungentia; cum illud pretium nihilo magis commune esset utrique, quam fundus ipse communis esse poterat, ut demonstratum est. Hoc ideo lubentius adjeci, quod res parum vulgo percepta, magis pro arbitramento, quam re exacte judicata, tunc et deinceps ab ignaris habita fuit. Accidit anno 1669.

11. De PERSONIS, quibus legari potest egimus *ad h. t. n.* 21. ubi, quod personis incertis legari non possit; quia certum *debet esse testantis consilium*, et affectus ratio, quae non potest habere locum in personis incertis. Videtur haec incertitudo, inanitasque tam vagi affectus in causa fuisse, quare olim collegiis, municipiis, civitatibus, neque haereditates neque legata relinqui potuerint, ut Ulpianus testatur *tit.* 22. §. 4. *et* 5. et Plinius Secundus *lib.* 5. *epist.* 7. quae tamen sententia nostris legibus inserta non est, sed habemus contrarium in *l.* 32. *l.* 73. §. 1. *et l.* 117. *l.* 122. *de leg.* 1. *l.* 26. *ad SC. Trebell.* Quin et olim legimus, populo Romano non tantum viritim legata esse relicta, sed etiam publice, ut horti a Julio Caesare in suo testamento, teste Svetonio *cap.* 83. *in fine*, nec credo Tiberium subtilitate juris se defendisse, cum legata ab Augusto plebi Romanae relicta, non praestaret, de quo idem Suetonius *cap.* 57. *Tiberii Scurram*, ait, *qui praetereunte funere, elato mortuo mandarat, ut nunciaret Augusto, nondum reddi legata, quae plebi reliquisset, attractum ad se, recipere debitum, ducique ad supplicium imperavit et patri suo verum referre.* Id vero per se jam patet, non hic agi de ejusmodi incertitudine, qua testator mentem suam non satis expressit, qualis est species in *l.* 62. §. 1. *de Haered. Instit.* ubi testator plures ejusdem nominis habens amicos, unum simpliciter nominavit, cujusmodi irritum necessario fit legatum, nisi aliunde probari possit, quem testator designare voluerit. Perinde si dixerit, aliquid iis se relinquere, quos in codicillis nominasset, si nulli deinde nominati reperiantur, fieri non potest, quin legatum intercidat, ut ostendit. *l.* 13. *de Usufr. leg.*

12. De jure Accrescendi copiose dictum *ad Inst. n.* 23. *et seqq.* rursus *ad tit. de usufr. Accresc.* et tertium *ad tit. de Adquir. Haered.* Hic velim addas; in quantitate, velut in summa pecuniae, verius esse, jus accrescendi perinde

ac in corporalibus habere locum, *l.* 15. §. 1. *de Legat.* 1. modo vere sint coojuncti, nam si in diversas quantitates singuli vocentur, nihilo magis jus accrescendi erit, quam si dictum sit, *Titio et Maevio singulos servos do lego. l.* 84. §. *pen. d. t. de leg* 1. Sand. 4. 4. 7. Proinde etiam in fideicommissariis, modo aliqua conjunctionis forma inter se colligati sint. *l.* 43. *ad SC. Trebell.* Exemplum, ut usus rei conspiciatur, de quo his diebus respondi consultos, adjiciam; *Remigiae nepti meae, quingentos florenos do lego; si moriatur sine liberis, hosce quingentos florenos* relinquo *Catharinae, Johanni, Atiae et Petro Rombertis, aequis partibus.* Erant verbis conjuncti: Defecerant tres; respondi, quingentos integros jure accrescendi superstiti deberi, per ea, quae *ad tit. de Usufr. Accresc.* Multoque frequentius hujus rei usus venit in quantitatibus legatis, quam in fundis aliisve corporibus legatis.

13. Ad tit. *de Adquir. Haered. n. 7. vers. Quare jam.* diximus. Accrescendi jus non esse negandum haeredi ex re certa, licet hic se legatarii instar habere dicatur, multo magis, si haeres sit ex Legitima, per ea, quae diximus *ibid.* Non est idem, quando haeres institutus accepit optionem, utrum velit esse haeres e Legitima, an certum capere legatum. Nam si legatum elegerit, haeredis qualitatem repudiavit, nec ideo potest habere jus Accrescendi, quod usu venit apud Curiam nostram in hac specie: Titia scripserat haeredes quatuor liberos, et totidem nepotes ex legitima, nisi mallent accipere tale legatum; Hoc cum elegissent, iidem ad partem unius e quatuor liberis, qui defecerat, admitti contendebant; sed repulsi sunt, quia nihil jam erant amplius quam legatarii. In *causa* Dr. S. H. *cum soc. contr. A. de L. cum soc.* Haec obiter adjicienda putavi, ne quis potet edidicitteodum, quod D. Voetius *ad* §. 8. *I. de Legat. n.* 3. aliique monent, jus Accrescendi cessare moribus hodiernis. Contrarium satis constet, ubicunque jus civile non simul est abrogatum.

14. Inter casus deficientis Legatarii, est Repudiatio Legati, jure competentis, et ex voluntate defuncti; qua facultate cessante, nullum est jus Accrescendi, quo pertinet species notabilis Papiniani in *l.* 74. *de C. et D.* cujus exegesin Thomasius subjecit *positioni nostrae* 71. *ad Inst. h. t.* ubi a nobis adducta erat, quam illic omissam heic collocabimus. Sic ille: *a Cajo* MULIERI CUIDAM *v. g. Sejae* ET TITIO, USUSFRUCTUS, *et quidem utrique sub conditione*, SI NON NUPSERIT MULIER, RELICTUS EST. *Conditio haec, ex parte mulieris nullam habet efficaciam, sed habetur pro non adjecta, propter legem Juliam Miscellam*, (l. 22. junct. l. 64. ff. eod.) *at vero respectu Titii valet.* (l. 1. C. de indict. vid.) Si *igitur* MULIER NUPSERIT, *dimidium quidem ususfructus ad ipsam spectat, ut dictae legis Juliae*, QUAMDIU TITIUS ET VIVIT ET IN EODEM STATU ERIT; *imo etiamsi Titius moriatur et statum mutet*, (1) (*vide Gloss.* in casu d. l. 74.) *tamen Seja* PARTEM USUSFRUCTUS dimidiam HABEBIT, *et neutro casu Titius quidquam accipiet*, (*quamvis id velit. Perez* ad C. de ind. vid. n. 6.) *Sed quaeritur, annon et altera pars dimidia, quae ex voluntate defuncti, si mulier conditioni paruisset, spectasset ad Titium deficiente jam conditione, Jure accrescendi ad Sejam pertineat? Et respondet Papinianus, negando. Nam jus accrescendi inter eos locum habet, qui ex voluntate defuncti aliquid ex legato accipiunt. Jam autem ex defuncti voluntate in hoc casu nec uxor dimidiam deberet accipere. Quod autem partem accipiat, a lege Julia est, ex qua alteram dimidiam petere nequit*, TANTUM ENIM BENEFICIO LEGIS, EX LEGATO CONCESSUM ESSE MULIERI, INTELLIGENDUM EST, QUANTUM HABERET, *si ipsa* CONDITIONI PARUISSET, *nec nupsisset: hoc casu vero saltem dimidium haberet, et Titius alterum dimidium. Sed* NEC, SI TITIUS, QUI CONDITIONE DEFECTUS EST, LEGATUM *quoad portionem suam* REPUDIET, EA RES MULIERI PRODERIT, *ut partem repudiatam possit petere. Frustranea quippe et ridicula est repudiatio ejus, quod, etiamsi velim, non possum habere.*

(1) *At si Titius moriatur vel statum mutet, satis innuit Papinianus quod mulier tunc integrum sit habitura: ad quid enim dixisset:* quamdia Titius et vivit et in eodem statu erit, partem ususfructus habebit, *si etiam Titio mortuo vel capite minuto partem tantum haberet? Deinde, quod Titio mortuo vel capite minuto mulier totum usumfructum habere debeat, evincit ratio Papiniani, secundum quam mulier beneficio legis debet habere, quod habuisset si conditioni paruisset, atqui tunc mortuo vel capite minuto Titio habuisset totum, adeoque etiam beneficio legis debet habere totum post mortem vel capitis minutionem Titii. Aliud est dum Titius repudiat, quia de jure repudiare non potest, et ideo, repudiatio Titii mulieri non prodest: sed nihil impedit quominus mors vel status mutatio Titii mulieri prosit.*

LIB. XXXIII. TIT. I.

DE ANNUIS LEGATIS ET FIDEICOMMISSIS.

I. Annuum quid. II. Multiplex ejus Legatum quo sensu. III. De Praescriptione debiti anuui. IV. Annuum Reip. Ecclesiae relictum. V. Annuum ex certo fundo relictum an totum debeatur. VI. De legato v. g. puellae, doeec eubat, *relicto.*

(a) Annnum legstum est; cum testator quotaonia parem quantitatem legstarin vult praestari; a quo diversum est legalum anoua, bima, trima die relictum: nam hoc est uoum in tres pensiones divisum. *l.* 3. *pr. h. t.*

2. (b) Sed vere anneem *legatum* est multiplex; tot enim legats sunt, quot anni, *l.* 4. *h. t.* edeo ut singulis annis jus capiendi spectetur, *l.* 11. *h. t.* licet ante finem anni mertuus sit legatarins. *l.* 5. *et l.* 22. *h.* Primi quoque anni legetum est purum et certom, statimque a morte peti potest. Reliqui habent eenditionem, si vivat legatarius initio eujusque anni, *d. l.* 4. quod secus in stipulatione, *l.* 16. §. 1. *de V. O.* ubi stipuletio annua dicitor una et perpetna, nec morte finiri. Qua de re diximus *ad Inst. tit. de Verb. obl. n.* 4.

3. (c) Hioc in annuis Legatis praescriptioeis tempes ducitor a siegulis annis; * adeo ut cum longissimem tempus elapsum est e primo anno, sequentibus tamen non sit praescriptum, per *l.* 7. §. 4. *et ult. C. de praescr.* 30. *ann.* junct. *d. l.* 4. *et l.* 12. §. 1. *et* 3. *Quand. dies leg. ced.* In Camera tamen Imperiali placuit, indistincte tot esse praescriptiones, quot sunt anni, tam e contractu quam e testamento, ut testanter Gailius 2. *obs.* 73. *in pr.* et Mynsing. *cent.* 3. *obs.* 13. etsi non desint, qui dissentiant, Schurff. *cons.* 10. *ceno.* 1. Covarruv. *pract. quaest. tr. de veter. num. c.* 7. qui contrariam communem et veram esse contendunt. Forte nihil erret, qui distingueedum putet, inter promissionem annuae praestetionis, et inter pensiones annuas ex rebus adhuc extantibus; Ut promissie se referat ad tempus factae promissionis, cui si totis 30. annis non sit exercita, merito praescriptum videatur. Sed cum res extat, ex qua pensioees debentur, non tam ad tempus contractus, quo pensiones constitutae sunt, quam identidem et singulis annis ad rem spectamus: ut tum praescriptio ad singulos annos restriegater. Vide quae dix. *ad tit. Si ager vectig. pet. in fine.* Adde Wissenb. ad *tit. sq. n.* 6.

4. (d) Sed quod Ecclesiae relictum est, vel etiam Reip. id purum est et perpetuo debetur, *l.* 6. *et pen. h. t.* ut et illud, quod sacerdoti et custodibus templi relinquitur, quia ecclesiae datum censetur. *l.* 20. §. 1. *Hic enim frustra adjiceretur conditio, cujus mentio fit in* posit. 3. *Nam Ecclesia et Respublica non moriuntur*, ait Thomas.

5. (e) Aenua Quantitas ex certo fundo relinquitur, et quibusdam annis minus ex eo fundo proveuit, an tamen annuum, quod relictem est, legatario praestabitur? Non simpliciter, verum si ex praecedentibus aut sequentibus annis quod modo deficit, suppleri potest, id aequum censetur. *l.* 17. §. 1. *h. t. et l.* 16. *de Trit. vino ol. leg.* Aliud est, si annua quantites recta legetur, et solutio ex certo funde fieri jubeatur; Tunc enim simpliciter annuum debebitur, etsi forte nec suppletio ex eodem fundo confini possit. Atque ita visum Curiae nostrae in causa *Sybrig. Folkers contra Livium Petri.* Annui triginta erant relicti, jussique praestari ex tali fundo; qui fundus labe temporum minime tantum reddere poteret, ideoque haeres plus quam inde redibat, solvere nolebat. Condemnatus est tamee non ad supplendum, sed ad persolvendum quod erat legatum; Res judicata est *ante ferias O. S.* 1679.

6. (f) Denique et hoc aequum est legatum, si quis puellae *donec* nubat, vel studiose *donec* Doctor fiat, centum relinquat; eam quotannis centum debentur, per *l.* 17. *pr. h.* Menstrui legati est eadem ratio, quae annui. Unde in Rubrica conjunguntur. Pac. *hic.*

(a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 2. *et* 3. (e) *Pos.* 4. (d) *Pos.* 5. (e) *Pos.* 4. *tit. seq.* (f) *Pos.* 6. *et* 7.

* Et ita pronunciarunt Lipsienses JCti M. Oct. 1712. et responderunt M. Febr. 1703. In Electoratu tamen Saxionae *contraria* Sententia approbata est, adeoque XXXI. annis, VI. hebdomadibus, III. diebus, tam obligatio, quam annua praestatio penitus extinguitur, uti respondere Lipsienses M. Febr. et April. 1701. conf. Ill. Meecken, *Theor. et Prax Pandectarum p.* 964.

TIT. II.

DE USU ET USUFRUCTU, ET REDITU ET HABITATIONE ET OPERIS, PER LEGATUM VEL FIDEICOMMISSUM DATIS.

(a) Qui scit quid Usus, quid Ususfructus, et quid sit Legatum, nunc scire quid sit usus aut *Ususfructus Legatus*, facile constet. Atque de utroque membro distinctis locis actum est; neque nostrum est, actum agere. Sed occurrit heic nova notabilis Quaestio, an sub legato usufructu omnium bonorum, comprehendatur ususfructus rerum, quas Testator ex veteri fideicommisso haeredi a se instituto restituere debebat: Nam bona fideicommissaria, quae tertio restituenda sunt, non contineri sub usufructu generali, facile constat. Verum quae sunt ipsi haeredi restituenda, haec sub usufructu omnium bonorum, quae Testator relicturus esset, contineri, disputat Sandius, ac ita judicatum refert in *lib.* 4. *tit.* 4. *def.* 9. laudato ut consentiente Johanne del Castillo Soto Majore *tract. de usufr. cap.* 39. *n.* 14. quem ego illic contra sentientem reperio; cum enim retulisset, Menochium ita sentire, quemadmodum Sandius disputat, in contrarium citat Cavalcanum, Parisium, Socinum juniorem, et Manticam *lib.* 9. *tit.* 6. *n.* 8. *in fin. et n.* 9. *cum seqq.* cujus *rationes et jura me fortiter movent*, inquit, *ut contra Menochium et caeteros ita tenendum existimem*, ut Mantica cum suis consentientibus tenet. *n.* 17. *in fine.* Plene, si testator expresse jusserit haeredi suo, ut ipsorum quoque bonorum, quae ipsi ex fideicommisso erant restituenda, usumfructum legatario praestaret, non est dubium, quin valeat ejus voluntas, cum et res proprias haeredis et alienas legandi habeat facultatem, ut alias intellectum, idque facile Sandius evincit in *decisione praedicta sub finem.* Verum quod sub verbis generalibus suorum bonorum, aut quae ipse relicturus sit, de talibus testari voluerit, de quibus jam alius erat testatus, et quae secundum alienam dispositionem sciebat habere suum ordinem testati; Quodque suum haeredem voluerit damnatum, ut bona, post suam mortem propria ipsius futura, tertio fruenda daret, sine expressa jussione, nequaquam est verisimile, neque civile creditu: *nisi probetur voluntas testatoris saltem ex probabilibus conjecturis;* Adducit Mantica et Soto Major, qualem tamen non esse, quando Testator ita dixit, *usumfructum omnium et quorumcumque bonorum*, sive, nulla re excepta, recte monent iidem. Multo fortius idem statuendum, si Testator sit parens et bona fideicommissaria liberis restituenda. Qua de re gravissima, extat rei judicatae apud eandem Curiam nostram meae memoriae, auctoritas. Nobilis Matrona nostras, vidua, nupserat Ultrajectino nobili, quem et liberis suis Curatorem petierat; verum cui praelatus est summa ratione avunculus affinis. Matrona testamento suo liberis haeredibus institutis, marito usumfructum omnium bonorum suorum reliquerat; qui petebat etiam a liberis usumfructum bonorum, quae mater liberis suis ex avito fideicommisso restituere debuerat. Curator hactenus se opposuit, eo quod mater id nullo modo in praejudicium liberorum voluisse praesumeretur, *et obtinuit*, restricto usufructu omnium bonorum ad ea, quae proprio jure libereque Testatricis fuerant; Sub quibus omnino etiam nomina et obligationes continentur. *l.* 37. *h. t.*

2. Usufructu fundi ad certum tempus relicto, hac lege, ut elapso tempore *v. gr.* quinquennio, fundus alteri restituatur, si Legatarius ante lapsum temporis moriatur, an debetur fideicommissario? Debetur, elapso videlicet quinquennio, *l.* 35. *h.* Wissenb. ad *h. t. n.* 11. Busius *ad d. l.* 35. quam alii male ceperunt, quasi plane evanesceret fideicomm.

3. (b) Porro Ususfructus et superius Annuum legatum conveniunt, quod utrumque morte finiatur, *l.* 8. *de ann. leg.* sed differunt, quod ususfr. capitis quoque diminutione extinguatur, non annuum; quod et ita est in alimentis legatis. *l.* 11. *de Alim. leg.* Usufr. legati dies cedit ab adita haereditate, ut habuimus *supra l.* 7. *tit.* 3. annuum statim a morte testatoris. *l.* 12. §. 3. *Quand. d. leg. ced.* Ususfr. unum est legatum, nisi cum alternis annis vel mensibus legatur, *l.* 13. *h. t.* secus ac de annuo dictum,

4. (c) Legatum Reditus ab Usufructu distinguitur, etsi quantitate proventus conveniant. Nam reditu relicto, Legatarius nihil quam petitionem summae, qua ususfructus aestimatur, habet; nullum autem jus in re consequitur, neque possessionem; nec quidem habitandi jus, nec impedire potest, quominus Haeres rem vendat. *l.* 38. *h. t.* Censetur autem et Reditus legari, si dictum sit; fructus ejus fundi dari volo uxori. *l.* 22. *h.* juncta *l.* 38. Si vero directe dixerit, Fructus do lego, magis est, ut sit Ususfructus. *l.* 41. *h. t. l.* 20. *de Usufr.* Wissenb. *ad h. t. th.* 1. Priore formula perinde est ac si dixisset Testator, *haeres meus damnas esto dare*

(a) *Pos.* 6. (b) *Pos.* 1. (c) *Pos.* 2. *et* 3.

fructus. Quod nec hodie secus se habiturum puto postquam formulae vindicationis et damnationis amisit differentiam suam. Nec enim vis verborum naturalis et popularis sublata fuit, tollive potuit. Nec aliter haec sermone vernaculo, ut videtur, obticebunt.

5. (d) De habitationis et operarum legato, praeter ea, quae de operis et habitatione dicta sunt in *suis locis*, observa sis, operarum legatum cedere demum, ex quo petitae sunt operae. *l.* 7. Habitationis annuae legatum in principio anni cujusque. *l.* 11. *h. t.*

TIT. III.

DE SERVITUTE LEGATA.

(e) Servitutis realis legatae, (nam ita stricte hoc vocabulum accipitur, ut alibi) diversa ab Usufr. ratio est: nam hujus legatum est individuum, secus ac Ususfr. *l.* 5. *D. de Usufr.* Unde ad servitutis legatum singuli haeredes in solidum tenentur, secus ac in usufr. *l. ult. h.* Usufr. legatum cedit ab adita haereditate, *ut superius*, de servitute hoc non videtur, per *l. un.* §. 6. *C. de cad. tol.* non obst. *l. ult. ff. comm. praed. l.* 19. §. 1. *quemad. serv. amitt.* de quibus vid. Wissenbach: *ad h. t. th.* 1. quae describere non libet, et quod addam non habeo. Dissent. Bachov. *vol.* 2. *disp.* 13. *th.* 7. *lit. A.*

2. Quemadmodum autem reliquae res legatae, quarum est dominium, sine facto haeredis, perfecto jure competunt, *l.* 80. *de Legat.* 2. idem de servitutibus legatis intelligendum, *l. ult. h. t.* et *l.* 19. §. 1. *Quemad. servit amitt.* Sed et hoc *ad tit. Inst. de Servit. n.* 10. *in fin.* est occupatum.

TIT. IV.

DE DOTE PRAELEGATA.

(e) Dos a marito dicitur uxori et relegari, et praelegari, *Rubr. et l.* 1. *pr. h.* hoc est, legando restitui et celerius solvi, quo respectu utile est hoc Legatum, dix. *tit. Inst. de Legat. n.* 15. *in fin.* Si praeter dotem, legatum aliud acceperit uxor, aut hoc, sine dolis exactione, potest utrumque petere, sublato edicto de Alterutro. *l. un.* §. 3. *C. de rei ux. act.* Quatenus haec usum habeant, ex iis, quae de jure Dotium dicta sunt, intelligi potest.

TIT. V.

DE OPT. VEL ELECT. LEGATA.

I. Optio legatur aut expresse aut tacite. II. Quando electio facta mutari poenitentia possit. III. An filiusfam. sine jussu patris optare possit. IV. Peculiaris Vinnii sententia de Genere legato, refellitur. V. An species expressae restringant genus.

(a) Optio et electio synonyma sunt, *l.* 2. *pr. h.* legaturque aut expresse, vel tacite *d. l.* 2. §. 1. Tacite, cum genus legatur. De utroque diximus *ad tit. Inst. de Legat. n.* 19. *et seq.* copiose.

2. (b) Semel autem facta electio mutari poenitentia nequit, *l.* 2. nisi facta sit ante aditam haereditatem, *l.* 16. *h.* aut non omnibus exhibitis speciebus, aut re aliena, vel quae non sit in commercio, optata, *l.* 4. haec enim vitia sunt electionis.

3. Etiam hoc, si filiusfam sine jussu patris optaverit, id enim facere non potest. *l.* 10. *h. t.* quod tamen hodie secus obtinere videtur, postquam placuit, filiumf. etiam invito Patre adire posse haereditatem. *l. ult. in pr. C. de bon. quae lib.* De stipulatione constat, si filiusfam. alternative duas res stipulatus sit, eum, inscio Patre, electionem perpetrare posse. *l. ult. in pr. de V. O.*

4. De genere Legato est sententia peculiaris Vinnii *ad* §. 22. *I. de Leg.* quam placet expendere, his verbis continetur; *Sed*, ait, *cum corpora genere legato contenta, certis finibus natura circumscripta non sunt, qualia*

(d) *Pos.* 5. (e) *Pos. un.* (e) *Pos.* 1. *et* 2. (a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 2.

sunt domus, navis, fundus non legatarii, sed haeredis electio est; qui rem unam, quam volet; ex his, quas testator habuit, legatario dabit. Quae sententia nec rationi convenire, et a juris auctoritate aliena, evertendaeque sententiae legum, quae dant electionem legatario, esse videtur. Atqui Vinnius; *de domo legata hoc aperte scriptum est in l. si domus* 71. *de Leg.* 1. *Quapropter dubitandum non est*, pergit, *quin idem obtineat, si navis simpliciter legata sit, aut fundus; posito: quod nos putamus, fundi legatum valere, si testator fundos habuit.* Sed est verum, quod in illo textu *l.* 71. contrarium habetur. Ita pandectae Florentinae, *Si domus alicui simpliciter legata sit, cogentur haeredes, quam vellet domum, ex his, quas testator habuit; legatario dare*: alii codices, teste Gothofredo, pro vellet, legunt *voluerint*. Sed Vinnius vulgatam praefert lectionem, *cogetur haeres quam domum volet etc.* aut Holoandrinam, *cogentur haeredes quam domum volent.* Contra recentiores editores et scriptores, merito praeferunt Hetrusci codicis auctoritatem, secundum quam res indubitata est. Videtur, si voluntati haeredum electio committeretur, non fuisse usurus Jctus verbo *cogentur*: nam ad quid *cogentur haeredes*? Ad aliquam domum in genere ex iis, quas habet testator, legatario dandam; quasi hoc dubium esset, aut ullo modo quaesitu dignum. Sine dubio vox *cogentur*, respicit dationem certae domus, sed ad quam dandam cogentur? Ad eam quam volunt? Quomodo cohaeret hoc, cogi ad id, quod arbitrio nostro committitur? Praeter quod leges aperte lectioni Pisane suffragantur, quae pro regula tradunt, quod legatarius eligat. *Si generaliter servus vel res alia legetur legatarii electio est*, inquit Imperator d. §. 22. *h. t.* Qui *rem aliam* indistincte appellat, intelligendum praebet, *aliam quamvis*, neque nobis distinctio fingenda, ubi lex indistincte loquitur. Atqui *inter aedes et aedes*, ait Vinnius, *inter navem et navem, inter fundum et fundum fieri potest, ut nulla sit proportio, et major distantia quam inter Mantuam et Romam, inter viburna et cupressos.* Opinor etiam inter hominem et hominem, in quo exemplo ponit Justinianus specimen regulae nostrae, saepe non minus interesse, quam inter Mantuam et Romam, inter cupressos et lenta viburna. Servus actor aut anagnosta, vel capsarius aut medicus, non minus prae mediastino excellit et pretio differt, quam domus ampla ab insula parva; neque enim in ejusdem hominis patrimonio credibile est, domos adeo valore differentes extare, quam est proportio bovis ad muscam. Sed largiamur Vinnio illud antecedens, quid hinc admetur? Quid profertur, quare minus adsurda sit illa distantia, quando haeres eligit, quam ubi legatarius? Durum putas, legatarium petere domum amplam et novam, ubi parva et vetus est in haereditate; nec tu iniquum censes, haeredem ei, cui testator domum simpliciter legavit, obtrudere casam, vel tuguriolum, ubi insignia et spectata aedificia relicta a testatore non desunt? *Sed praesumptio quidem est*, pergit Vinnius, *testatorem voluisse quam minimum onerare haeredem suum, l.* 67. §. 8. *de leg.* 2. unde parum *tamen* haec praesumptio stabilitur; eique alia opponi potest; quod *testator* legatum ex benevolo affectu reliquerit, cui sit consentaneum, ut in generali sermone testator id relinquere voluerit, quod ad animum legatarii de rebus sub genere contentis maxime pertinet; at haec frustra ventilantur. Ratio enim optima juris est superius collocata, quod in sermone generali ac indifferenti, quod inter duo extrema medium est, sequamur, idque testatorem voluisse praesumamus. Ita scilicet, ut in *l.* 37. *in p. de Leg* 1. docetur, *Legato generaliter relicto, id esse observandum, ne optimus vel pessimus accipiatur... ideoque homine legato, actorem non posse eligi.* Quo observato, nullum periculum est, ne haeredem, electione legatario permissa, supra mentem testatoris, aut ultra quam aequum est, gravari contingat.

5. Frequens quaestio est, si testator primum genus leget, dein aliquas ejus species enumeret, utrum genus illud species restrinxisse videatur? Videtur, si accurata sit specierum recensio, quod tunc generi derogetur, *l.* 18. §. *pen. Instr. leg.* quod si obiter et negligenter species una et altera sit expressa, non videri minutum genus, sed ex abundanti aliquot species adjectas. *l.* 12. §. *pen. eod.* (1)

(1) *Consule omnino de hac quaestione Josephum Averanium* interpret. jur. lib. 3. cap. 23. et 24. *ubi tradit quinque regulas ad dignoscendum quid hac in re statuendum sit, quas exemplis a legibus petitis confirmat et illustrat. Eamdem quaestionem exposuit quoque Vir Amplissimus Cornelius van Bynkershoek* observat. lib. 3. capp. 2. et 3.

TIT. VI.

DE TRITICO, VINO, VEL OLEO LEGATO.

I. Vino, Oleo etc. legato, quid debeatur. II. Eodem quantitas bis legata, an bis debeatur. III. Legato indefinite concepto, quid debeatur.

(a) Vino, caeterisque hujus Rubr. speciebus legatis, debetur quid quid testator numero vini habuit, modo non toto genere diversum. *l.* 9. *h.* Imo etiam talia, si testator ea pro vino habuerit, ut mulsum, sythum, cerevisiam, acetum hydromely. *d. l.* 9. Quid hodie, si probaretur, testatorem aliquem, dum viveret, ita solitum esse loqui, ut hydromely, cervisiam, et quidquid in cella sua liquoris haberet, nomine vini insigniret, an vino legato cerevisia quoque caeteraque deberentur? Ego mihi non persuaserim, nostratibus ita visum iri, et ratio differentiae intelligi potest ex usu diversae linguae et populorum. Nam in Italia vinum erat ordinarius potus; ideoque non omnino insolens erat, forte sub potiori quotidianoque potu omnia potulenta eodem verbo complecti; sic enim scribit Ulpianus, *acetum zythum, camum et caetera pro hominum affectione atque usu, vini numero haberi. d. l.* 9 (1) Nostro autem usu linguaque, res foret ineptissimae jactantiae, mulsum et cerevisiam nuncupare vinum; maxime cum vinum heic non habeamus, nisi peregre advectum, minimoque ut ordinario potu utamur. Vix igitur futurum est, ut ullus paterfamilias tam splendide ineptiat, aut si evenerit, tamen ejusmodi exorbitantem sensum, licet usitatum testatori dum viveret, non applicabimus testamento; idque secundum Servii et Tuberonis sententiam Celso laudatam, *l.* 7. §. 2. *ff. de Supel. leg. Servius*, inquit, *fatetur, sententiam ejus, qui legaverit, adspici oportere, in quam rationem ea solitus sit referre: verum si ea, de quibus non ambigeretur, quin in alieno genere essent, supellectili quis adscribere solitus sit, non idcirco existimari oportere, supellectili legata ea quoque contineri, non enim ex opinionibus singulorum, sed ex comunibus nomina exaudiri debere.*

2. (b) Quando eadem quantitas in eodem testamento bis legatur, fieri potest, ut etiam bis debeatur, si hoc voluerit testator, et evidentissime liqueat, idque Legatarius probare debet, per §. 4. *in fin. Inst. de Legat.* et *l.* 34. §. 1. et 3. *de Leg.* 1. Imo haeres *l.* 12. *de Probat.* si nempe diversis scripturis eadem quantitas legata fuerit, quia tum praesumitur pro Legatario, testatorem voluisse conduplicare Legatum. In eodem testamento creditur, non tam saepius legasse, quam saepius esse locutus testator *l.* 66. §. 5. *de Legat.* 2. Quod si corpus idem bis in eodem Testamento legatum fuerit, constanter tenendum, non nisi semel esse praestandum *d. l.* 34. §. 1. *de Legat.* 1. (2).

Scholium

Aliud si in duorum testamentis. d. l. 34. §. 2. de Legatis. 1. *Quid si in diversis scripturis ejusdem testatoris? Puto et hic semel prestandum esse.*

3. (c) Legato indefinito concepto neque certa quantitate adjecta; veluti haeres uxori meae oleum, acetum dare damnas esto, id omne debetur, quod testator mortis tempore reliquit. *l.* 7. *in pr. h.* Si triticum oleumve, quale non fert natura, legetur, id inutile est *l.* 7. §. 1. *h.*

Denique, si quantitas certa legetur ex aliquo fundo, et minus ex eo proveniat, nihilo plus quam inde provenit debetur. *l.* 5. *h.* Quod secus est, si quantitas *annua* ex certo fundo legetur, ut probatum est *ad tit. de Ann. Leg.* et ratio differentiae est, quoniam Testator in secundo legato usum et indigentiam legatarii spectavit, in altero demonstrationem fundi taxationis causa expressit. (3)

(a) *Pos.* 1. *et* 2. (b) *Pos.* 3. 4. *et* 5. (c) *Pos.* 6.

(1) *Confer. Josephi Averanii* interpret. jur. lib. 2. cap. 18.

(2) *Consuli hic meretur Josephus Averanius* interpret. jur. lib. 4. cap. 20. *ubi luculenter agit de quantitate rei uni vel pluribus semel vel bis legatae.*

(3) *Celebris est haec quaestio, an assignatio certi fundi, vel loci, vel summae, facta censeatur taxationis, an demonstrationis causa: si taxationis causa, et minor quantitas ex eo provenerit, aliunde nihil supplendum erit, secus si demonstrationis causa fundus assignatus sit. Hanc quaestionem, propositis variis distinctionibus, adductisque cunctis L. L. ad eam pertinentibus, pulcherrime exposuit Vir doctrina et judicio eximius Josephus Averanius* interpret. jur. lib. 2. cap. 27.

TIT. VII.

DE FUNDO INSTRUCTO VEL INSTRUMENTO LEGATO.

I. Instrumentum quid. II. Instructi significatio. III. Dotes praediorum quid. IV. Usus et idioma temporis. V. De legato fundi, cum omnibus quae in eo sunt.

(a) Instrumentum est apparatus rerum diutius mansurarum, sine quibus possessio exerceri nequit, *l.* 12. *pr. t.* proinde instrumanto fundi continentur ea, quae fructus quaerendi, cogendi, conservandi gratia parata sunt *l.* 8. *h.* Non supellex, neque panus, nec pecora; quae pascuntur, l. 9. *et l.* 12. §. 15. *h.* at sub instrumento villae urbanae continetur supellex, *l.* 19. §. 1. *h.* mola quoque est instrumentum aedium, *l.* 26, §. 1. non fundi, *l.* 18. §. 2. quod moribus hodiernis plerumque contra se habet.

2. (b) Sed fundi instructi plenius est legatum, *l.* 12. §. 27. *h. t.* instrumentum enim ad possessionem rei pertinet, instructi vox ad usum patrisfam. unde et supallectilem continet. *d. l.* 12. §. 28. add. tamen §. 29. *et* 30. item *l.* 2. *C. de V. S.* Fundo lagato debetur instrumentum, etsi fundus perierit, aut alienatus sit: nempe, quod ad instrumenta, quae ad usum patrisfam. in eo fundo attinent. *l.* 5. *h. t.* Sed instrumentum, quod ad fundum pertinet, non debetur. §. 17. *I. de Leg.*

SCHOLIUM

Clarior erit mens Auctoris, si jungas huic positioni Praelect. ad Inst. de Legatis n. 17. p. 250. seq. *Aliter conciliat Struv.* h. t. th. 58.

3. Instrumentum et *dotes praediorum* pro synonymis habet D. Wissenbach. *ad d. tit. ff. de Instruct. leg.* th. 6. ex *l.* 2. §. 1. *d. tit.* et sub dotibus numerat, stramina, stercora, boves aratorios, aratra, ligones, corbes, pedamenta, vimina, stabula, casas, rastra, servos fundo destinatos, dolia, praela et id genus alia. Atqui haec omnia sub instrumanto contineri, recte probatur ex *l.* 1. *et seqq. eod. tit.* sed dotes praediorum non videntur idem esse, verum aequa late petere ac *fundus instructus.* Ita enim Papinianus ait, *dotes praediorum, quae Graeco vocabulo ἐνθῆκαι appellantur,* cum non instructa legantur, *legatario non praestantur.* Ergo tantum debentur, *si fundus instructus* legetur; Dotes igitur praediorum plures sunt, quam res a Wissenbachio enumeratae, ut etiam supellex et pecudes fructuosae, similiaque sub iis complectandae sint.

4. Cum his noster usus et dialectus si conferantur, nihil examussim illis conveniens reperio. Nam instrumento comparari deberet vernacula vox, *gereedschap*; qua voce instrumenta agriculturae continentur; non tamen stercora, stramina, alvei apesque, equi aratorii, vehiculares, pecudes necessariae ad fructum fundi exercendum, et id genus alia, quae Romani sub instrumento comprehendunt. *d. l.* 8. *et seqq. h. t.*

Fundus instructus, *uytgerust*, si legetur, valde dubitem, quomodo nostrates id acciperent. Non est abs re, si testator ejusmodi vocabulo uteratur, plenissimam ejus voluntati interpretationem suffragari, ut omnia, quae ad fundum exercendum requiritur, legatario deberi viderentur.

Sed paterfamilias nostras commodius fecerit, si distinctis utatur vocabulis ad res diversas comprehendendas, ut cuique nationi suo modo. Nostris *Gereedschap* instrumenta artificialia significat. *Beslag*, pertinet etiam ad pecudes, per quas fundi fructus exercetur; adeo ut his verbis Fundus *met syn beslag*, posset, opinor, videri, ferme idem contineri, quod sub fundo instructo in Jure latino significatur; *sive cum ἐνθήκαις et dotibus praedii*; etsi plerumque pecudes specialiter quoque nominentur, *levendige have.*

5. (c) Fundo legato, cum omnibus, quae in eo sunt, etiam merces venales debentur, *l.* 27. §. 3. *h. t.* at usufructu ita legato, merces venales non debentur, quia venditionibus causa modum ususfr. excedit. *l.* 32. §. 2. *de usufruct. leg.* Thomasius se hanc rationem non agnoscere ait, per ea, quae dixerit *ad tit. de Servit. pos.* 3. *et* 4. Quae ad hanc rem quomodo pertineant, non intelligo. Tu videris Wissenb. *h. tit. th.* 9. (1).

(a) *Pos.* 1. *et* 2. (b) *Pos.* 3. *et* 4. (c) *Pos.* 5.

(1) *At nec sub proprietate fundi legata, cum omnibus, quae in eo sunt merces venales comprehenduntur, uti probat* l. 4. §. 2. de pena leg. l. 60. §. 2. de legat. 3. *Textus autem in* l. 27. §. 3. h. t. *commode accipi potest de vino ad usum familiae destinato quod continetur sub legato fundi instructi,* l. 12. §. 28. h. t. *Ideo etiam Scaevola in* l. 27. §. 3. h. t. *proponit, testatorem id vinum in doliis habuisse et in doliis remansisse in quibus ad usum perpetuum servabatur: at cum vendebatur, in amphoras et cados diffundebatur.* l. 14. l. 3. §. 1. de trit. vino vel olea leg. *Sed nec pecunia numerata sub hoc legato continetur,* l. 44. l. 86. de

N. Addit.

Scilicet et ibi, *et in Scholiis ad titulum Inst. de Servitutibus, ac nunc utrobique in novis additionibus, ostendi, falsam esse hypothesim Auctoris, quod servitutes etiam personales, et inter has praecipue ususfructus non possint venditionis causa constitui, et supra quoad usumfructum jam exemplum dedimus in usufructu sylvae et lapidicinae etc. Hinc jure petii in scholio illo, ostendi debere aliam rationem differentiae, qua illae duae leges, quae obstantes alias videntur, possint conciliari. Nunc vero ab illo desiderato abstineo, postquam re propius perspecta deprehendi*, d. l. 27 §. 3. *h. t. nil minus dicere, quam quod fundo legato et iis, quae in eo sunt, debeantur merces venales. Tu lector ipse textum consule. Ait Scaevola*: Liberto, quem haeredem ex parte rescripsit, fundum per praeceptionem dedit, in haec verba: *Pamphile liberte praecipito, tibique habeto fundum meum Titianum, et agellum Sempronianum cum instrumento, et his, quae in eodem erunt cum moriar, familiaque quae in eo fundo moratur, exceptis, quos manumisero.* Quaesitum est, cum testator in eo fundo aliquantum vini in doliis habuerit, quod vivus totum vendiderat, at partem tertiam pretii pro eo acceperat, an vinum in doliis remanens ad libertum ex causa praeceptionis pertineat? Respondit; verbis, quae proponerentur, contineri, nisi manifeste contrariam voluntatem cohaeredes approbent. *Ubi hic agitur de mercibus venalibus, et quod illae ad legatarium pertineant? Agit partim de vino vendito, quod legatarius non accipit, partim de reliquo vino non vendito, quod legatario secundum decisionem JCti, quae nullam rationem dubitandi habet, debetur. At non sequitur. Testator* aliquantum vini, *quod in doliis habebat*, totum *vendidit*, *ergo reliquum vinum est merx venalis. Non magis, ac si quis fundum rusticum possidens superfluum et abundans frumentum vendidisset, quis enim et tum diceret, frumentum reliquum esse mercem venalem? Quod igitur sub usufructu domus, et rerum quae ibi sunt, fere* l. 32. §. 2. de usufr. leg. *idem Scaevola neget, merces venales contineri, non ex eo est, quod ususfructus venditionis causa non possit esse, sed partim, quod in specie ususfructus domus non consistat in venditione mercium. partim quod per verba*, quae *ibi*, *i. e. in domo* sunt, *intelligantur res, quae ibi sunt tanquam supellectilis aut certe tanquam domus accessoriae, qualia non sunt merces venales.*

TIT. VIII.

DE PECULIO LEGATO.

I. Si servus cum peculio legetur, peculii legatum esse accessorium. II. De peculio filiifam. legato. III. Usus hujus tituli.

(a) Tit. de peculio legato, nihil habet praecipui, praeter id, quod est in §. 20. *I. de Legat.* nisi hoc addere velis, Servo legato, aut libertate ei data, non intelligitur peculium datum, nisi exprimatur, *l.* 24. *hic. l. un. C. de pecul. ejus qui lib. mer.* legatum vero accessionis vicem obtinet, itaque extincto servo simul extinguitur. *l.* 1. *et* 2. *eod.*

(b) Filiisfam. quoque peculium legari potest, *l.* 19. §. 2. *h.* Idque usum habere posset hodieque; sed ejus dies cedit, ut alias, a morte testatoris, sive ipsi filiofam. sive tertio legatum sit, aliter ac in peculio servi, cum hujus dies, cum servo legatur, cedit ab adita haereditate, quia Libertas legata tum cedit diem, *l. un.* §. 6. *C. de Caduc. toll.* et quia legatarius habet, quidquid tempore diei cedentis est in legato; habet etiam servus augmentum peculii, quod inter mortem et aditam haereditatem accessit, secus ac alius, cui peculium fuerit legatum *d.* §. 20. *Inst. de Legat.*

3. Usus quod ad servos nullus est; posset aliquis esse de peculio filiifamilias, quando pater dedit pecuniam aut merces, in quibus negotietur, *l.* 4. *ff. de pecul. leg.* cum quis per habitationem propriam, nostrae patriae moribus, ut alibi dictum, non tollitur patria potestas, nihil vetat, quominus peculium filiifam. pro tali habeatur, sicut jure civili praescribitur.

Ideoque vel ipsi filio vel alii cum effectu legari poterit.

(a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 2.

legat. 3. l. 78. §. 1. de leg. *nisi praesidii causa seposita sit*, l. 79. §. 1. legat. 3. *de quo casu rursus accipi debet Scaevola in* l. 27. §. 3. h. t. *Calendarium quoque et nomina debitorum sub hoc legato non continentur*, l. 86. pr. de leg. 2. l. 41. §. 6. l. 78. §. 1. et 3. l. 91. pr. et §. 1. l. 92. de legat. 3. *in quam sententiam Auctor inclinat ad tit. de suppellect. leg. n.* 8. *Videns omnino Josephi Averanii* interpret. jur. lib. 2. cap. 28.

TIT. IX.

DE PENU LEGATA.

I. Quid penus, et penu legata quid debeatur. II. Quid si testator huic legato poenam adjecerit. III. Usus hodiernus.

(a) Dicitur Penus ex eo, quod non in promptu est, sed intus et penitus reconditum. Goll. *lib.* 4. *c.* 1. Penu legata debetur quidquid esui potuique est, *l.* 3. *pr. et* §. *seqq. h.* etiam ligna, carbones, thus, cerei, unguentum, chartae epistolares, et vasa, sine quibus penum habere non licet, *l.* 3. §. 9. 10. *et* 11. non medicamenta, *l.* 5. *pr. h.* non vasa cocitatoria, neo instrumenta culinae. *l.* 6. *h.*

2. (b) Quod si aliquid penoris dare jussus, et non dedisset, pecuniam solvere haeres damnatus est, penus erit in praestatione, pecunia vero in petitione, postquam haeres est in mora dandi *l.* 1. *eod. l.* 19. *l.* 24. *Quand. dies leg. cod. l.* 115. §. 2. *de V. O.* Adde Wissenb. *h. th. ult.*

3. Hoc *Penoris* legatum est etiam peculiare Romanis; in nostra lingua non habemus aequipollens vocabulum, quo non tantum esculenta et potulenta, sed etiam ligna, carbones, chartas epistolares, ceterosque complectamur. Proximum est; si quis leget, *alle eet en-drink-Waren*, sub quo tamen et jumentorum cibaria intelligi possunt, juxta *l.* 3. §. 7. *ff. de pen. leg.* scilicet eorum jumentorum, quae usibus testatoris deserviunt, non quae locantur, nec quae ob opus rusticum habentur, ut quidem est in *d* §. 7.

TIT. X.

DE SUPELLECTILE LEGATA.

I. Supellex quid. II. Vasa argentea, an supellex et quid hodie. III. De libris et capsis IV. An species derogent generi. V. Sub mobilibus, an pecunia contineatur. VI. Nomina videri sub mobilibus comprehendi. VII. An sub Legato mobilium et immobilium. VIII. Casus ea de re specialis.

(a) Videamus de supellectile, ita dicta, quod ea, quae *sub pellibus* militiae, aut in legatione usui erant, comprehendebat. *l.* 7. *in pr. h.* Quid est Supellex? Est domesticum Patrisfamilias instrumentum, quod neque argento aurove facto, neque vesti adnumeratur, ut Pomponius definit in *l.* 1. *ff. de Supell leg.* Vox sine dubio convenit cum nostro vernaculo *hysgeraedt*, cui illa definitio bene convenit, atque a vestibus aeque separatur. vid. Carpzov. 6. *Resp.* 34.

2. Vasa aurea et argentea sitne pro supellectili habenda, dubitatum fuit inter veteres; sed ex usu temporum interpretatio desumpta fuit priscis temporibus non erant aurea argenteaque vasa loco supellectilis *secundum seculi severitatem nondum admittentis argenteam supellectilem*, ait Paulus in *l.* 3. §. *ult. ff. de Supell. leg.* sed deinde crescente luxuria nihil dubitatum est, *d. l.* 3. §. 3 *et* 4. nisi quod de escario potorioque auro argentoque, scrupulum injicit Modestinus in *l.* 8. *d. tit.*

Mores nostri, ut antiquis Romanis sunt liberaliores hac parte, ita recentioribus imparea, servant mediocritatem; ut argentea vasa instrumentaque in usu quotidiano testatoribus habita, sine dubio pro supellectili sumantur, non ea, quae in armariis reponi, nec aliter quam solenni occasione proferri solent; ut et Curiae nostrae visum apud Sandium *lib.* 2. *tit.* 5. *def.* 5.

3. De libris potest quaeri, numquid supellectilis loco sint, quia non excipiuntur in definitione, sed tamen non esse, nec quidem capsas et thecas librorum, indicat Paulus in *l.* 3. §. 2. *ff. de Supel. leg. Sunt*, ait, *qui recte putant, capsas aut armaria, si librorum aut vestium, aut armamentorum gratia parata sunt, non esse in supellectili, quia ne hae quidem ipsae res, quibus attributae essent, supellectilis instrumento cederent.*

De bibliothecis, id est capsis librariis, hodieque non dubitabimus, quin sub *hysgeraedt* non contineantur, etsi de capsis vestium secus opinari populus videtur; quanquam ratio Pauli nunc etiam valeat: Vestes non sunt supellex, (*hysgeraedt*) ne hodie quidem, ergo nec capsae, in quibus vestes custodiuntur: sed consequentia

(a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 2. (a) *Pos.* 1. *et* 2.

esse moris non videtur nostri; pendent enim hae res ab usu linguae populique consuetudine, qua capsae et cistae habentur in numero supellectilium *van huysgeraden*.

Proinde capsas, in quibus armamenta civica vel familiaria continentur, eodem pertinere videntur, imo de his ipsis armamentis, si habeantur, ob usus civiles venandive causa, videri possent habenda pro supellectile, non si causa belli atque castrorum. At in contrarium nos vocat Alfenus in *l.* 6. *pr. d. tit. Supellectile*, ait, *eas res esse puto, quae ad usum communem patrisfamilias paratae essent*, quae *nomen sui generis separatum non haberent*: sicut arma, libri, vestes, nominibus separatis cognoscuntur. Idemque de omnibus instrumentis, quae *ad artificii genus aliquod* pertineant, existimandum. *d. l.* 6. *in pr.*

Proinde ne quidem libri, quibus paterfamilias omni die familiaque ejus usa est, ut sunt Biblia sacra vernacule scripta, librique medici vel concitatorii, legata supellectile continebuntur, quia nomine proprio distinguuntur, ut quidem ratio velle videtur.

4. (b) Si primo legetur supellex, deinde species une et altera adjiciatur, ea tanquam superflua non minuit legatum, *l.* 12. §. *pen. de Instr. leg.* sed pluribus speciebus accurate adjectis, derogatum videtur legato. *l.* 18. §. *pen. eod.* vid. *l.* 9. *h. t.* Latius hoc D. Wissenbach. *ad tit. de Instr. Leg. th.* 8.

5. (c) Hoc loco de mobilium legato commode agi potest. Cum de *mobilibus* legatis agimus, jure civili continentur sub iis pecunia, quia res mobilis est. *Tit. Inst. de reb. corp. et incorp. l.* 79. §. 1. *ff. de Legat.* 3. Hoc hodie secus esse, docet Pinellus ad *l.* 1. *C. de bon. mat. part.* 2. *n.* 50. *Licet*, inquit, de jure, *mobilium* nomine *contineatur pecunia, secundum proprietatem vocabuli, hodie tamen, attento usu vocabuli contrarium judicandum sit. Notorium enim est, homines appellatione mobilium, non sentire de pecunia, sed de supellectile et de ornamentis* etc. Idem de usu fori universo testatur Wissenbachius noster *ad tit. ff. de legat.* 3. *th.* 9.

Vereor tamen, ne non diversa sit ratio linguarum exoticarum a nostra et a Romana, nam Galli, Itali, Hispani voce *mobilium*, *Meubles*, intelliguot fere supellectilem; et nostrates, cum hac peregrina utuntur, intelligunt ea, quae ad domum instruendam habentur, ac etiam ornamenta, aurumque factum et infectum, *non pecuniam*, neque bibliothecam, ut videtur, aut animalia.

Sed quando loquimur vernacule, *tilbare*, sive *roerlijk goederen*, non animadverto, quin hoc vocabulum aeque late pateat, ac *mobilium* vox apud Latium; nec puto quidquam obstare, quin ita satis liquido observatum, quoties usu venit, existimo. Etiam vero pecunia et bibliothecae sub iis verbis comprehenduntur, solaeque res soli excluduntur, quae dicuntur *onroerlijke*, ad quas cum pecuniae caeteraeque res nullo modo pertineant, neque tertium genus faciant, ad mobilia sine dubio referenda fuerint.

6. (d) An etiam nomina et obligationes sub *mobilibus* continentur, id est, *tilbare of roerlijke goederen*: nam vocem *meublos* huc non pertinere: certum est? Multis videtur, eamque communem Doctorum sententiam esse, ad *tit. Inst. de reb. corp. et incorp. et ad tit. ff. de Rer. Divis.* diximus, idque proliae Voetius adstruit *ad tit. Inst. cap. de Moribus.* Sed ea sententia nititur hac hypothesi, quod divisio rerum in corporales et incorporales, usu temporum obsoleverit, ut auctor idem aliique contendunt; hoc refutavimus ad *d. tit. Inst. et Dig. de Rer. Divis.* Imo quod magis est, ne quidem sub legato mobilium et immobilium simul, videntur obligationes et nomina comprehendi, ut Sandius tradit *lib.* 4. *tit.* 4. *def.* 6. Species facti illic quidem est de annuis reditibus, sed idem sentire Sandium de obligationibus aliisque juribus, manifestum est, *eo quod reditus, sicut alia jura et actiones, tertiam bonorum speciem a mobilibus et immobilibus differentem constituere* scribit. Atque ita recte, si Testator haeredem instituerit, uxorique aut alii mobilia et immobilia legaverit; Haeres sine dubio res incorporales, ut nomina et obligationes, caeteraque jura habebit. Aliqui non poenitet me sententiae positae *ad d. tit. de Reb. corp. et incorp. et ad tit. de Rer. Divis.* quod, ubi lex aut paterfamilias omnia bona dispescit in mobilia et immobilia, quemadmodum saepe fit, tum incorporalia sub iis contineantur, ita ut jura personalia referantur ad res mobiles, et realia ad immobiles.

Ita, si quis omnia sua bona mobilia et immobilia pignori obligaverit, non est dubium, quin etiam res incorporales juraque pignora teneantur, ut saepe fert usus.* Si quis etiam haeredes instituerit ex omnibus suis bonis mobilibus, et immobilibus, nemo dubitabit, quin haeredes etiam incorporalia sint occupaturi.

7. Quid autem, si Testator, omissa haeredis institutione, bona sua tam mobilia quam immobilia, legati titulo uni vel pluribus reliquerit,

(b) *Pos.* 3. (c) *Pos.* 4. (d) *Pos.* 5.

* Et ut Serenissima Legislatori Saxoniae placuit, in *Ord. Processuali tit.* 46. §. *Nachdem aber auch* 8. usu hominum hoc ita postulante, quamvis novissimo processuali jure hujus constitutionis non appareat usus.

ut fit, et memini accidisse, numquid et isti legatarii res incorporales obtinebunt? Non videri, suggerit id, quod modo tradidimus, sub legato mobilium et immobilium incorporalia non contineri; at in contrarium vocat, quod alias dictum est, testamentum carens haeredis institutione moribus nostris sustineri, *supra tit. de Haered. inst. a princ.* titulusque legati in hoc casu a plerisque institutioni aequipollens habetur.

Magis tamen est, ut sustineatur hactenus omissa haeredis institutio, quod ejusmodi dispositio pro codicillo habeatur, in quo legata valent *sicut legata*, quae ab haerede legitimo vel priore testamento rite instituto, praestari debent his, qui in testamento, quod caret haeredis institutione, scripti sunt. Unde sequi videtur, legata bonorum mobilium immobiliumque non aliter accipi in testamento, ubi nulla est haeredis institutio, quam ubi recte haeres scriptus est: resque incorporales eo casu manere penes haeredem legitimum, ut alioqui manent penes haeredem scriptum; ne jus illud enorme, quod Testamentum sine haeredis institutione valeat, ulterius etiam extendamus in favorem vitiose instituti, quam accipi possit in favorem rite scripti haeredis, *per ea, quae modo de hoc genere legati dicta sunt.*

8. Sic satis intelligentur positiones, quas ad finem hujus tituli adjecimus. Sub legato mobilium continentur etiam simpliciter, etiam quos Testator praesidii vel mutui dandi causa repositos habuit, *l.* 79. §. 1. *ff. de Legat.* 3. at si mobilia, quae certo loco sunt, legaverit, tum nummi ad mutuo dandum repositi, non videntur legati, *l.* 79. §. 1. *de Legat.* 3. nihil obstantibus *l.* 41. §. 6. *et l.* 44. *D. d. t.* Ne merces quidem venales continentur sub mobilibus certo loco demonstratis. *l.* 92. *eod. l.* 32. §. 2. *de usufruct. Legat. l.* 1. *et* 2. *C. de V. S.* Cautiones quoque et nomina et actiones, sub tali Legato non continentur, imo hae, cum ne quidem corporales sint, plane sub Legato mobilium et immobilium non comprehenduntur. *l.* 86. *pr. de Legat.* 2. *l.* 12. §. 45. *de instruct. vel instrum. Leg.* Sandius *lib.* 4. *tit.* 4. *def.* 6. Adde Wissenbach. *ad tit. de Legat.* 3. *th.* 9.

LIB. XXXIV. TIT. I.

DE ALIMENTIS VEL CIBARIIS LEGATIS.

I. Quae sub Alimentis contineantur. II. Quid si haeres alium educare jussus sit. III. Quantitas alimentorum. IV. Quid si praedium ad alimenta legatum sit. V. Quid Diaria.

(a) Sub alimentis continentur cibaria, vestitus, habitatio, non quae ad disciplinam pertinent, nisi testator aliud voluerit, *l. 7. h.* quod in patre facilius praesumitur. *arg. l. 4. Ubi pup. educ.* Unde in edicto Carbon. disciplina semper sub alimentis continetur. *l. 6. §. 5. de Carb. edict.*

2. (b) Interpretatio alimentorum legatorum est favorabilis: unde haeres educare dumtaxat jussus, omnino alere tenetur, *l. ult. h.* item alimenta simpliciter relicta, in perpetuum relicta videntur, si ad pubertatem, plena pubertas intelligitur. *l. 14. pr. et §. 1. h.* (1) add. *l. 11. h.*

3. (c) Quantitate alimentorum non expressa, modus secundum facultates et ex praesumpta voluntate testatoris statuendus est. *l. 22. pr. h. t.*

4. (d) Praedio alicui ad alimenta legato, * non alimenta exinde ad vitam, sed proprietas debetur, alimentorum adjectio causae locum habet. *l. 4. vers. quaer. et l. 22. §. ult. h. t.*

5. (e) Diaria idem significant, quod Cibaria, quibus neque vestis, nec habitatio, neo calcearia continentur. *l. 21. h.*

TIT. II.

DE AURO, ET ARGENTO, MUNDO, ORNAMENTIS, UNGUENTIS, VESTE VEL TESTAMENTIS, ET STATUIS LEGATIS.

I. Rubrica summariorum loco est.

(a) Aurum et argentum est triplex factum, infectum, et signatum. Sed hoc tertium sub auro argentoque simpliciter dicto non continetur. Cum enim aurum vel argentum legatum est, quidquid auri argentique relictum sit, legato continetur, sive factum, sive infectum, pecuniam autem signatam placet eo legato non contineri. *l. cum aurum.* 19. *ff. h. t. l.* 27. §. 1. *et seqq.* Haec quoque res varietati linguarum morumque subjecta est. Nam Galli de suo idiotismo contrarium testantur; Si enim quis legaret in haec verba *Je legue a Titius tout mon or et argent.* Id est, *Lego Titio omne meum aurum et argentum*, hujusmodi legatum non nisi pecuniam signatam includere, non etiam vasa aurea et argentea, adfirmant Tiraquell. *de retract. gentil.* §. 1. *gl.* 20. *n.* 1. *et* 2. et Mornac. in *l.* 2. *C. de Constit. pec.* Hoc ideo, si verum, quia Galli non habent vocabulum, quo nummos sive pecuniam ab auro argentoque distinguant; sed vox *argent*, in celebriore significatu pecuniae soli convenit, potius quam argento facto infectove. Sed usus nostri sermonis cum Romano convenire videtur; habemus enim proprium nomen *Gelt*, quo nummos ab infecto factove argento aurove discernimus. Ideoque nullus dubito, quin sub legato auri argentique, *van al het Gout en Silver*, pecunia non comprehendatur, sed vasa instrumentaque facta ex illis metallis, massaeque si quae reperiantur, ejusdem materiae dumtaxat. vid. *l.* 27. §. 2. *ff. eod. tit.*

2. Postremo, qui legat omne *suum* argentum, aut vestem *suam*, neque legat hoc, quod est in credito, nec id*, quod post testamentum

(a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 2. (c) *Pos.* 3. (d) *Pos.* 4. (e) *Pos.* 5. (a) *Pos.* 1.

(1) *Consule rursus pro expositione* l. 14. pr. et §. 1. h. t. *Josephum Averanium* interpret. jur. lib. 5. capp. 9. et 10. *ubi contra Surdum in* Tract. de alim. priv. leg. §. 8. n. 8. *probat eandem aetatem etiam in divitibus observandam esse.*

* Secus est, si alimenta, ex certo fundo singulis annis praestanda legentur, sic enim legatario fundi nec proprietas, imo ne quidem hypotheca specialis in eo alimentorum causa, competit, Guid. Papa. *dec.* 576. n. 1. Schilter *ad ff. Ex.* 39 §. 95. Jure consuetudinario autem Saxonico hoc casu specialis hypotheca fundum afficit, secundum Schilt. *l. c.* Carpz. *P.* 1. *C.* 92. *d.* 152. Richt. *de priv. Cred. c.* 5. *n.* 27.

factum comparatur; quia vox *suum* et proprietatem et tempus praesens significat. *l.* 7. *l.* 9. *et l.* 27. §. 2. *h.* (1)

3. (b) Mundus est, quo mulier mundior fit. Continentur eo specula, matulae (non ad vesicam levandam, sed ἀρύταινα Polluci, et glossis ampulla olearia, Cujac. 10. *obs.* 17.) Lavatio, Riscus, arcula, vasa unguentaria, et si quae similia dici possunt. *l.* 25. §. 10. *h.* (2) Nos una voce, quae *Mundo* respondeat, caremus, opinor; aliter essent haec circumscribenda.

4. Ornamenta sunt, quidquid ad ornandum corpus adhibetur, et enumerantur in *d. l.* 25. §. 10. sed exigenda sunt ad cujusque regionis et linguae proprietatem. Margaritae sub ornamentis, non tamen rudes, continentur. *d. l.* 25. §. 11. Eadem ratio est in ferro, stanno, aere, plumbo, aurichalco et similibus, ut debeatur tam infectum quam factum. Gemmas a lapillis, utrasque a margaritis distinguunt Latini, *l.* 19. §. 15. *et seqq. praed. tit.* puto etiam lingua nostra. Gemmae *eedele gesteenten*, Lapilli sunt *steentjes*, Margaritae. *peerlen*, habent singulae suum nomen proprium, neque sunt *steenen*, sed conchae maris, sic etiam succina varii generis, suis nominibus cognoscuntur. *d. l.* 19. §. 18. Forte haec omnia continentur sub nomine *Kleinodien* aut *Juweelen*, quod est a Gallico *joyaux*, et hoc a latino *jocalia*; qua voce puto contineri, inquam gemmas, lapillos, margaritas, succina, corallia torques, annulos, catenas aureas argenteasque, et omnia, quibus ad ornandum corpus utimur, nec ad vestimenta pertinent; etiam cingula ex argento facta, clavesque dependentes; ut hoc vocabulum diserte accipitur in *lib.* 4. *Stat Fris. tit.* 11. *art.* 14. Idem sine dubio vox *Kleinodien* significat, et quidem clarius et indubitatius quam *Juweelen*, quod multi angustius sumunt quam in statuto usurpatur, et origo vocabuli dictat; vox *jocalia* quippe satis commode ea cuncta comprehendere videtur; et sumuntur igitur *promiscue*. Quaesitum est e testamento Nobilis matronae, an imago *Christinae Reginae* gemmis circumdata, quae marito ejus in Suecia Legato donata fuerat, sub voce *Juweelen* contineretur. Respondi, ita videri, maxime, quia matrona saepe eam in pectore gestaverat ornatus causa.

5. Major, quam in suppellectile, discrepantia moris hodierni atque Romani est, ratione vestium legatarum. Namque sub vestimentis legatis continentur *omnia linea laneaque, vel serica, vel bombucina, quae induendi, praecigendi, amiciendi, insternendi, injiciendi, incubandive causa parata sunt. l. vestis* 23. §. 1. *ff. de Aur. Arg. mund. vestim. leg.* Hinc etiam culcitae, cervicalia, tapeta, tegumenta subselliorum atque lectorum, sub veste continentur. *l.* 25. *eod. tit.* Quod a nostris moribus abhorret; nec enim ea, quae insternendi, injiciendi, incubandive causa parantur sub voce *Kleederen* simpliciter posita, continentur; sed tantum, quae induimus, quae praecingimus atque amicimus, adde etiam, quae imponimus, ut sunt pilei, quibus veteres ita non utebantur. Quod ad materiam attinet, sine dubio non tantum lanea, serica, bombucina; sed etiam linea sub veste continentur hodieque, etiam pellicea, quod et Romani agnoverunt. *d. l.* 23. §. *ult.* Calceos tamen inter vestimenta non numerabant, *d. l.* 25. §. 4. *in fin.* quod nec fit sermone nostro proprie. At quia voluntas testantium plenius accipi solet, non putarem, legato vestimentorum hodie calceos eximendos esse; maxime, quia nunc induuntur, quod olim ita non fiebat, et sine calceis homo non potest dici plene vestitus esse: de sandaliis idem videtur, nec non de pileis, qui Romanis ut dictum, in usu non erant ordinario.

6. (c) Distinguuntur vestimenta in virilia, muliebria, puerilia, familiaria opposita forensibus. *l.* 23. §. 2. Item *Communia*, quibus sine reprehensione vel vir, vel uxor uti possit. Plerisque enim muliebribus vir sine probro vix utatur, ut Ulpianus *d. l.* 23. §. 2. quod et jure divino prohibitum. *Deuteron.* 22. Ne quidem ad tempus, et ludendi causa, pudore salvo. Plato apud Dionysium rogatus, ut cum aliis inter scyphos et pocula stolam muliebrem indueret, recitavit apposite hos Euripidis versiculos, teste Suida in Voc. Ἀρίστιππος.

Οὐκ ἂν δυναίμην θῆλυν ἐνδῦναι στολὴν
Ἄρρην πεφυκὼς, καὶ γένους ἐξ ἄρρενος.
Stolam mulieris induere qui possim ego,
Vir natus et ex stirpe genitus mascula?

Idem dee de muliere viriliter induta. Notum illud Juvenalis Satyr. 6.

Quem praestare potest mulier galeata pudorem,
Quae fugit a sexu?

Nec quidem pro patria laudanda haec enormitas, cujus plura, maxime in classibus nostris, exempla; nisi valde Heroico et extraordinario quodam necessitatis casu: quo Galli referunt notum Puellae Aurelianensis exemplum.

7. (d) In omnibus hisce vestimentis, auro argentoque legatis, frequenter obtinet regula, quod Accessio cedat suo principali *l.* 19. §. 20. *l.* 32. §. 1. *h. t.* Utra vero sit accessio vel principalis,

(b) *Pos.* 2. (c) *Pos.* 3. (d) *Pos.* 4.

(1) *Vide omnino Josephum Averanium* interpret. jur. lib. 4. cap. 27.
(2) *Confer hic Corn. van Bynkershoek* observat. lib. 5. cap. 17.

id non ex pretio spectamus, sed utra res ob alteram habeatur. *l.* 19. §. *ult. et l.* 20. *h. t.* Matrona, de qua modo, legaverat alicui omnia sua fictilia. Repertus autem est ingens numerus vasorum fictilium cum argenteis operculis, sexies pluris, quam erant ipsa vascula. Respondi tamen, opercula cedere vasis: nec ab haerede posse separari; quoniam opercula essent vasorum gratia. *d. l.* 19. *in fin* Quia sub auro legato annulus cum gemmis, etsi decuplo pluris, contineri, ex eadem ratione dicendum; non aeque fasciculum gemmarum auro inclusarum, ut seu in pectore fixus habiliter gestari possit; tunc enim aurum propter gemmas adhibitum constat. *l.* 20. *eod.*

8. (*e*) De Statuis et Imaginibus vide *l.* 12. *et* 14. *h.*

TIT. III.

DE LIBERATIONE LEGATA

I. Quid hoc Legatum, et remissio. II. Commentariolus et correctio quaedam Legis. 25. h. t. III. Quid si debitor, cui liberatio legata fuit, solverit, an repetere possit. IV. An legatum liberationis pertineat ad remissionem actionis in rem. V. Quid si debitor creditori suo quod ei debet leget. VI. Quid si liberatio vel nomen legetur, nullo existente debito. VII. Quomodo tollatur legatum liberationis.

(a) Liberationis legatum dicitur, cum testator legat alicui, quod ipse defunoto debebat; per quod vinculum obligationis, quo legatarius tenebatur defuncto, licet ipse legatarius rei dominus sit, remitti videtur. *l.* 1. *pr. l.* 7. *pr. h.*

(b) Forma est non modo, ut testator summam sibi debitam leget aut remittat, sed etiam ut damnet haeredem, ne petat, *l.* 2. *h.* vel chirografum aut instrumentum obligationis tradat, *l.* 3. §. 1. at redditio pigooris non ipsum debitum, sed jus pignoris tantum arguit esse remissum, *l.* 1. §. 1. *h. t.* plura dix. ad *tit. Inst. de Legat. n* 12. Vid. *ad fin. tit. ult. libri* 35.

2. Quid si liberatio legata sit ei, qui nihil debebat? Si dixerit testator, *quod Titius mihi debet, id peti nolo*, sine dubio evanidum est legatum. Idem erit si *do lego id quod mihi debet*, sit scriptum. Summa autem adjecta, vel re certa, potest, quasi falsa demonstratione adjecta, etiam peti quod comprahensum est. Sic Paulus in *l.* 25. *h. t.* *Sed poterit hoc dici*, inquit, *si ita legavit, centum aureos, quos mihi debet*, vel *Stichum quem debet, haeres meus damnas esto non petere Quod si sic dixit, Haeres meus centum aureos, quos mihi Titius debet, damnas esto ei dare, etiam illud tentari poterit, ut petere possit, quasi falsa demonstratione adjecta, quod mihi nequaquam placet, cum dandi verbum ad debitum referre se testator existimaverit.* Atqui multo minus dicendum videbatur, in priore formula jus petendi inesse. Nam si haec verba, *damnas esto dare*, non obligent, quae positiva et imperativa sunt, quomodo illa, *damnas esto non petere*, quae tantum privativa sunt, vim majorem habebunt? Anton. Faber illa verba, *vel Stichum, quem debet, haeres meus damnas esto non petere*, delenda arbitratur 5. *Conject.* 2. Glossa, Cujacius 5. *ad Afric.* aliique aliter, ex quibus satisfacere mihi non possum, sed cuperem ista verba, *quod si sic dixit*, paulum retrahi, hoc contextu; *Poterit hoc dici, si et legaverit centum aureos, quos mihi debet. Quod si sic dixit, Stichum, quem debet haeres meus damnas esto non petere; vel haeres meus centum aureos, quos mihi Titius debet, damnas esto ei dare etc.* ut sic Pauli ἐπίκρισις, *quod mihi nequaquam, placet*, ad utramque legandi formam referatur, sine ulla inductione vel emendatione, sensus eo modo perfecte constat et rationi satisfit. Sed dices, Paulum in ratione ἐπικρίσεως, quam subjicit, a verbo *dandi* petitam, respicere ad ultimum duntaxat exemplum, neque enim in priori formula id vocabulum extat. Responsio est, Paulum ideo rationem posterioris dedisse, quod hoc plus dubii contineret; nam prius exemplum, ubi testator vetuerat haeredem non petere, nullam speciem actionis legatario suppeditare potest, si nihil ei debeatur; sed posteriora, *haeres damnas esto dare C. aureos Titio, quos mihi debet*, proxime ad specimen falsae demonstrationis accedebant. Plane exemplum hoc esse videtur, quo adhuc aliquis usus differentiae sit inter legatum vindicationis et damnationis; Nam haec verba, *Centum aureos, quos Titius mihi debet, ei do lego*, petitionem producunt, etsi Titius nihil debeat; ista autem; *haeres meus centum aureos quos*

(c) *Pos.* 5. (a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 2.

Titius mihi debet, ol damnas esto dare, noo allter dant ectionem, quam si revers debitum existat. (1)

3. Excipitur lagstum liberetionis, ei e legatario solutum fuerit aata apertas tabulas; sed quod post apertas tabules, ante aditam haereditatem est solutum ab ignorante debitore, id repeti potast. *l.* 24. *d. t.* Existimo, jore novo postqoam dies legati codere etatim a morte caepit, et noo a tabulis apertis, quidqnid post obitum testatoris est solutom, id jure peti posee; qnia ab eo tempore fruetus legati ad lagatarium pertinebat.

4. Ad *tit. Inst. de Legatis* coodixeram expliostionem difficultatie; qoae est in duobus Seaevolae responsis, *l.* 28. §. 4. *et l. ult.* §. 2. *eod. tit.* Posneram, libarationis Legatnm noo pertinere ad remissionem actionis io Rem per *d. l.* 28. §. 4. ubi legato liberatinois a ratioonbus reddendis, non tollitur petitio pecuoiae, quae apud Tutorem remaosit, ut quae jam pupillae sit. Hoc ast Scaavolaa rosponsum. Io eadem speeie facti idem Scaevola contrarium raspoudet, in *l. ult.* §. 2. ut mihi quidem alia quam communis responsio, quae volt particulam *Non* deleadam esse in *l. ult.* §. 2. quae jam fuit Bartoli et Accursii, non veniat io mentem; Audieodum tamen, quid Thomasius edferat in schol. ad possit. 11. *I. de Legat.*

SCHOLIUM

Remissionem actionis in rem in testamento factam, ad legatum liberationis non spectare, forte concedi potest. Sed ad hujus sententiae probationem l. 28. §. 4. de Liber. log. *nihil facit. Nam quod ibi actio realis detur adversus tutorem, non inde est, quod liberatio legata non spectet ad actionem in rem, sed inde, quod testatrix saltem actionem tutelae remittere voluit. Ergo si tutor ex empto v. g. defunctae aliquid debuisset, tamen nec actio empti, scil. ab actione tutelae diversa, etsi aoque personalis sit. remissa censeri debuisset. An vero actio in rem in testamento remitti possit nec ne alia est quaestio. Pro priori respondendum arbitror, quia id nuspiam est prohibitum.*

RESPONSIONI et expositioni eequentia servlant.

Posteriora Scholii nemo neget, quin si diserte remittatur actio in rem valeat legatum, ut non tam sit legatum liberationis, quam rei ipsius.

Sed lageto liberationis simpliois rem propriam Testatoris non contineri, ipse coocadit, idque probatur in *d. l. ult.* §. 2. *h. t.* Huic appooitor *l.* 28. §. 4. *eod. tit.* Seholiastas sit, eam nihil ad rem facare, quod est valde inexpeotatum, utpote, oum vix quispiam tolli posse cootrarietatem crediderit, quam motatione Leotiooia Florentinae. Hoc teodit Thomasii rasponsio: In *l. ult.* §. 2. voluit Teatator et remittere in rem actionam, ot legaro pecunism, qnae ast pupillae. In l. *l.* 28. §. 4. taotom voluit remittera actiooem Tutelao, quao persooalis, et ab in rem actione plaoe diversa est. Favet huic rosponsioni textus ipse *l.* 28. §. 4. ubi sic ab initio; *Maevia testamento suo alterum ex haeredibus suis actione tutelae voluit liberari, his verbis; rationem tutelae, quam egit Julianus Paulus, posci ab eo nolo, eoque nomine causa omni liberatum esse volo.* Conforamus verba *d. l. ult.* §. 2. *Rationem tutelae meae, quam egit Publius Maevius, reposci ab eo nolo.* Si verba prima nihil aliud inferant, quam remissionem aetionis Tutelae, ut Scholiastes vult, et Scaevola ipse declarat io *d. l.* 28. §. 4. posteriora certa oihilo plus affioient, quia sont eadam utrobiqoa, nisi quod priora fortius intendunt liberatiooem, ideoque non possunt minus Inferre quam verba *d. l. ult.* Io utroquo textu igitur hoo est, quod aotio Tutalae remittitur: unde patet, si lex *ult.* faciat ad rem, ut certa facit, qoam male Scholiastes textum io *d. l.* 28. §. 4. nihil ad rem facere contendat, et quam ajus Responsio nibilo plus ad conciliationem faciat, quam qood D. Wissenbach. ad *h. tit.* distioguit ioter pecuniam, quae jam pupilli est, et quae ex admioistratiooa debetur. Nam io utroque textu loqoitur Scaevola de pecuoia, *quae pupillae jam est.* Huc adeo res redit, ut nihil quam in tolleodo τῷ *Non* qood ost in *d. l. ult.* §. 2. praesidii supersit. Et quod ratio *d. l.* 28. §. 4. sit haec quia Lsgatum Liberationis oou spactet ad aotionem io rem, contra quam Thomasios. Legatom libarationis, inquam, non impadit repetitionem pecuniae, quoniam haec *pupillae jam est* ait JCtus, io quo fundamentum actionis in rem situm esse cooatat.

N. ADDIT.

Nescio profecto, quid hic dicere debeam, et quid accusem, an fidem an ingenium Auctoris. ita hic est supinissimus error elenchi. Scholium, quod non sine ratione avulsit a debito loco Auctor, apposueram ad posit. II. Inst. *quae sic sonat.* Liberatio legari dicitur, quaodo testator remittit vinculum obligationis, quo lagatarius ipse erat obstrictoa. §. 13 *h. l.* 1. *pr. de liber. leg.* Proiode non pertinet ad remissionem actionis in rem. *l.* 28.

(1) *Luculenter et sine ulla emendatione textum* l. 25. de liberat leg *exposuit Vir Celeberrimus Josephus Averanius* interpret. jur. lib. 5. cap. 22. *ostendit, rationem Pauli ab utramque formulam propositam pertinere, ita ut neutro casu legatum subsistat.*

§. 4. *eod. Huic ultimae assertioni opposueram Scholium. Adeoque nihil ibi in positionibus de antinomia legum Scaevolae, nec in sequentibus positionibus mentio quidem fit. d. l. ult. Quas igitur comoedias hic egit, ut Scholium meum applicet ad illam antinomiam, de qua ego ne somniando quidem cogitavi et quam retorsit, ut ad meam objectionem, invertendo censuram meam, et rem miris modis implicando, aliquid respondisse videatur. Et vide saltem, quam obtorto collo initio responsionis in scenam afferatur d. l. ult.* Sed, *inquit*, legato liberationis simplicis rem propriam testatoris non contineri, ipse concedit (*bene, nam natura rei id loquitur*) idque probatur in d. l. ult. §. 2. *Quid hoc est?* d. l. ult. §. 2. *de re propria testatoris ne apicem quidem; imo illa secundum lectionem communem probat, legato liberationis contineri actionem realem. Scholium nil aliud dicere voluit, quam quod quidem thesis concedatur, liberatione legata non comprehendi remissionem actionis realis, non vero ea probetur* per d. l. 28. *quae saltem dicit in specie, sub liberatione ab actione tutelae, non contineri remissionem rei vindicationis.*

Obiter, Exemplum Legati liberationis inusitatum subjiciam, quod excerpsi e testamento Petri a Cammingo Domini Amelandiae, condito 25 *Octobr.* 1541. his verbis; *Serori meae* Gratiae lego *centum aureos, et liberationem atque remissionem omnis injuriae, contumeliae, damni, molestiae et aegritudinis, quibus me agitavit.* Erat inutile hoc Legatum post C. aureos, excepto damno, quia morte extinguuntur actiones injuriarum; nisi litis contestatio facta fuisset, quo caso etiam post mortem durant, ut *suo* loco dictum *est*.

5. Liberationi adversum est legatum, quo debitor legat creditori suo, quod ipsemet ei debet, qua de re diximus *ad Instit. tit. de Legat. n.* 15. Quid si Testator nihil debeat legatario? Et hac de *re* actum ibi *d. tit. n.* 13. ac convenit cum modo dictis, et jam dicendis.

6. De legato nominis falsi videtur Ulpianus perplexari in *l.* 75. §. 1. *de leg.* 1. Ait enim primo, *si decem, quae Titio debeo, legavero, nec quidquam Titio debeam, falsa demonstratio non perimit legatum,* quod cum iis, quae ex *citata l* 25. observavimus, convenit. Sed mox §. 2. *Quod si addiderit,* inquit, *decem, quae mihi Titius debet, lego, sine dubio nihil erit in legato, nam inter falsam demonstrationem et falsam conditionem sive causam, multum interest.* Hoc autem directe adversari videtur ei, quod dictum ex *l.* 25. *Si legavit centum aureos, quos mihi debet,* id valere legatum, etsi nihil vere debeat. Accursius illum versiculum interrogative accipit, quasi proponeret Jctus, mox improbaret, in verbis, *quod mihi nequaquam placet*; sed contextus id minime fert; posteriora enim a prioribus clare distinguuntur, verbis, *quod si sic dixit*. Velim Ulpiani verba in *l.* 75. §. 1. accipere tantum de caso, quo decem, quae Titius debet, alii legata sunt, non ipsi Titio. Nam in principio §. 1. ita habetur, *si mihi quod Titius debet, fuerit legatum, neque Titius debeat, sciendum est, nullum esse legatum*, idque deiu distinctione exemplo liberationis legatae explicatur; tum in §. 2. ad propositum casum relabitur, *quod si addiderit, decem, quae mihi Titius debet, lego, sine dubio nihil erit in legato*; idque mox repetitio simili exemplo rursus inculcatur; quod si cui haec non repetitio, sed diversa quaestionis inductio videatur, nihil profertur, quare non Paulus et Ulpianus hac parte dissenserint. Ratio autem, quare debitum certae quantitatis alii legatum, minus valeat, quam debitori ipsi, esse videtur haec; nomine legato haeres nihil aliud quam actiones praestare adversus debitorem, aut ipse legatarium cum convenire debet, quorum neutrum fieri potest, ubi debitum nullum existit, sed cum ipsi debitori testator certam legat summam, quasi deberet eam, in speciem magis et coloris ergo liberalitatem suam ita demonstrasse videtur (1).

7. Quomodo tollatur legatum liberationis, dictum est *ad Inst. n.* 14. Si testator coeperit agere de pecunia debita, at nondum exegerit, Dd. statuunt legatum non revocari quod Vinnius improbat *ad* §. 21. *h. t.* mihi verum videtur: nam qui rem legatam libero vendidit, sed venditionem nondum implevit rem tradendo, is non judicatur revocasse legatum. *l.* 27. §. 3. *de*

(1) *Ulpiani verba in* l. 75. §. 2. de leg. 1. decem, quae mihi Titius debet, lego, *accipienda puto de casu, quo illa decem non alii, sed ipsi Titio legata sunt: nec propterea dissentiet Ulpianus a Paulo: idem enim ait Paulus* in l. 25. de liberat. legat. *negat scilicet valere legatum, si Titio centum quae ei debeo legavero et Titius nihil debeat. Nec turbant verba Pauli in* l. 25. de liberat. legat. sed poterit hoc dici, *Etenim Paulus his verbis nihil hactenus decidit, nihil certi statuit: sustinet se, nec approbat nec reprobat quod de falsa demonstratione dixit. Idem agit in his verbis:* etiam illud tentari poterit, ut petere possit. Tandem quid sibi placeat addit his verbis quod mihi nequaquam placet, cum dandi verbum ad debitum se referre testator existimaverit. *Quibus verbis ait, neutro casu valere legatum: nec quidquam facere quod testator verbo* Dandi *fuerit usus (quo majus suberat) quia testator* Dandi *verbum ad debitum, non ad dominii translationem, se referre* existimavit. *Vide latius Josephum Averanium* interpret. jur. lib. 5 cap. 22.

Instr. vel instrum. leg. Si Intentio sine pleno effectu, revocationem ibi non operetur, nulla causa videtur, quare hoc loco major intentionis, de qua ne penitus quidem liquet, efficacia statui debeat; maxime cum Ulpianus in *l.* 11. §. 12. et 13. *de Leg.* 3. a venditione rei legatae, ad nominis exactionem diserto argumentetur, *nisi forte inter haec interest;* ait; *hic enim extinguitur ipsa debiti substantia, ibi res durat, tametsi alienata sit,* quae verba Vinnius urget; cum exinde sequatur contrarium. Si enim alia sit nulla differentia, ut Jctus indicat, haec autem huic quaestioni nullo modo applicari queat, manifestum est, in caeteris valere argumentum a venditione ad petitionem, atqui in petitione, quam non est secuta exactio, non extinguitur substantia debiti, proinde ratio illa diversitatis non quadrat. Jam, hoc omnis subtile at cavillatorium est, quod Vinnius; *adde, quod actio,* inquit, *in judicium deducta consumitur, licet nova nascatur judicati.* Ut refellat responsum, quo ratione discrepantia ab Ulpiano voice indicatam, hoc penitus cessari ostendimus, ait, per solam petitionem, id est litis contestationem, extingui priorem actionem. Non est locus hic de tam subtili articulo disputandi. Concesso enim, quod subtiliter post litem contestatam novetur actio prior: nemo tamen dixit sanus, etiam debiti substantiam, lite contestata, extingui; cum ex ea tum demum efficacissimi effectus producantur; quin aliquando intercedente instantia mota, novum judicium, ex veteri scilicet actione et debiti substantia instituatur, quod quoniam pacto, si extincta esset illa, fieri posset? Litis contestatio non tam dicitur novatio, quia tollit priorem obligationem, quam idcirco, quia novas obligationi qualitates induit, ut *alias* latius.

TIT. IV.

DE ADIMENDIS VEL TRASFERENDIS LEGATIS VEL FIDEICOMMISSIS.

(a) Hic titulus non eget amplioris explicationis, quam est ad eundem titulum in parte *I. lib.* 2. *tit.* 21.

TIT. V.

DE REBUS DUBIIS.

I. In conflictu verborum et mentis Testatoris quid juris. II. De jure dubio, et casu commorientium. III. Aliud dubium. IV. Quatenus in dubio liceat medicitatem sequi.

Hujus Rubricae argumentum latissime omnium extendi poterat, non modo si omnia toto jure dubia, sed etiam, si de ultimis voluntatibus, imo si de legatis dubia necdum soluta hic cumularentur. Sed hoc tantum ἀποσπασμάτια et reliquiae quaedam collatae sunt. (a) Ultima voluntas dubia est, aut ob verba testatoris, vel ob rem ipsam. De verbis non est inepta quaestio, si mens testatoris a verbis discrepet, mentemne, an verba sequi oporteat, ut si *vestimenta* cum reliqua supellectile legare volens, solo nomine *supellectilis* sit usus, per opinionis errorem, putans etiam vestes supellectile contineri, an tum quoque vestes debeantur. Tubero existimabat, mentem testatoris inspiciendam. *Nam quorsum nomina,* inquit, *nisi ut demonstrarent voluntatem dicentis? equidem non arbitror quemquam dicere quoad non sentiret, ut maxime nomine usus sit, quo id appellari solet; nam vocis ministerio utimur, caeterum nemo existimandus est dixisse, quod non mente agitaverit. l.* 7. §. 2. *de supell. leg.* Verborum ratio habenda non videtur, nisi quatenus mentem exprimunt, cum nihil sint aliud quam instrumenta mentis exprimendae. Inimicum rationi videtur, ubi de voluntate constat testatoris, quae utramque in ultimis voluntatibus facere paginam dicitur, eam eludere, quia verba ex communi aliorum hominum usu non respondeant aut conveniant. Testator putavit auri appellatione etiam aurichalcum contineri, et satis constat, eum voluisse utrumque praestari, sat injuste haeres negabit aurichalcum quia vox auri diversum sonat? Sed in hoc ipso *tit de supell. leg. l.* 3. *in fin.* Paulus, si quando testator per imperitiam argento adscripserit quod non sit, ejus errorem facere jus arbitratur. Mulsum, aythum, cydromeli, camum, cerevisia, dafrutum, cydoneum, acetum, sunt potus genera, teste Ulpiano in *l.* 9. *de Trit. vin. leg. quae sub vino non continentur; at*

(a) *Pos. un.* (a) *Pos.* 1.

haec omnia, pergit idem, *ita demum vini nomine non continentur, si modo vini numero a testatore non sint habita.* Rursus tamen Ulpianus in *l.* 4. *de leg.* 1. *Si quis*, scilicet, *cum vellet vestem legare, supellectilem adscripsit, dum putat supellectilis appellatione vestem contineri*, ex Pomponii sententia, *vestem non contineri*; ratione adjecta, *quia rerum vocabula immutabilia sunt, hominum mutabilia.* Idem apud Celsum in *d. l.* 7. *supell. leg.* sentit Servius, quia *non ex opinionibus singulorum, sed ex communi usu nomina exaudiri debeant* Addit autem Celsus, *etsi magnopere me Tuberonis et auctoritas movet, non tamen a Servio dissentio, non videri quemquam dixisse, cujus non suo nomine usus sit: nam etsi prior atque potentior est quam vox, mens dicentis, tamen nemo sine voce dixisse existimatur: nisi forte et eos, qui loqui non possunt. conatu ipso et sono quodam* και τῇ ἀνάρθρῳ φωνῇ, *id est, inarticulata voce dicere existimamus.* Credibile est, neque hoc Tuberonem voluisse, quia tantum in conflictu sermonis et mentis, hanc illi praeferendam putabat.

Celsi quae praevaluit sententia, hac ratione firmari potest: Proposita hominum, (λόγοι ἐνδιάθετοι,) aestimatione societatis humanae nullum habent effectum, nisi quatenus e signis externis de iis liquere potest, cujusmodi signum fere unicum est, fermo voce scriptoque probatus, λόγος προφορικός. Quilibet igitur alios sua voluntate cupiens obligare, ipse tenetur eo modo verbis uti, quo in societate hominum recepta et usurpata noscuntur. Indulgemus quidem et obviam testatori solemus ire in his, quae aliter seu vulgo sive apud quosdam imperitiores usurpari solent, et de quibus, ut Jctus ait, ambigi potest; verum quae dubitationem nullam recipiunt, si illa perversio modo testator expresserit, imputet sibi, quod voluntas ipsius exitum non sortiatur, quia sic comparata est, ut obligandis aliis ex Instituto generis humani idonea non sit. *Qui aliud dixit quam vult*, ait apposite ad hanc rem Paulus in *l.* 3. *de Reb. dub. neque id dicit, quod vox significat, quia non vult; neque id, quod vult, quia non loquitur*, se ita se ipsum involvit, ut nihil dixisse videatur. Secundum hoc necessum est ut dicamus, *in d. l.* 9. *de vino leg. et l.* 3. *de supell. leg.* ejusmodi abusiones verborum a testatoribus esse commissas, quae ex usu saltem imperitorum hominum, aliam interpretationem atque significationem reciperent, tametsi non omnino in singulis articulis eorum textuum, collatis cum *d. l.* 7. videar satisfacere mihi posse.

Teneamus igitur de verbis hanc regulam, ut si ullo modo cum mente testatoris conciliari possint secundum mentem explicentur, se ita, actus valeat potius quam pereat. *L.* 12. *l.* 21. *l.* 24. *h.*

(b) Ut in dubio praesumatur Testator locutus ex more Patriae suae. *l.* 18. §. 3. *de fundo Instr. et Instrum leg. l.* 19. *pr. de C. et D. l.* 19. §. 1. *ad Sc. Trebell. l.* 3. *de supell. leg.*

(c) Si prorsus usus hominum abhorreat ab eo, quod testator voluisse creditur, tunc neque hoc fit, quod defunctus voluit, quia hoc non dixit; neque id quod dixit, quia hoc non voluit ut modo ex *l.* 3. *h. t.* (1).

2. (d) Dubii a parte rei exemplum, est in *l.* 9. §. 1 *et seqq. h. t.* in casu. quo parens una cum filio periit, et quaeritur, uter supervixerit. Resolutio est, pariter mortuos credi, nisi aliud conjecturae suadeant, *l.* 16. *et seqq h.* nam filius pubes patri, parens impuberi supervixisse creditur. *d. l.* 9. §. *et ult.* Item, favore patroni libertus filio supervixisse creditur, ut patrono locus in successione detur *d l.* 9. §. 2. Denique in casu fideicommissi sub conditione relicti, Si sine lib. decodat, filius censetur praemortuus, ut locus fideicommissario detur. *l.* 17. § *pen. ad S. C. Treb.* Adde quod dixi ad *tit. I. de Pupill. subst. n.* 9. *sub fin.* (2) Sed est haec res tam variis naturae fortunaeque casibus et conjecturis obnoxia, ut difficillimum, imo τῶν ἀδυνάτων sit, eam in universum terminare. Pulcherrimum ea de re locum ot exempla habet Mornacius ad *l.* 26. *ff. de Pact. Dotal.*

3. (e) Inter dubia et hoc poni meretur, Legatum alicui relictum est, cum quatuordecim annorum erit tempus naturaliter et implesse oportet annos 14. antequam peti possit, *l.* 49. *de Legat.* 1. Quid si relictum sit fideicommissum, cum pervenerit ad annum XIV.? Idem juris est *l.* 48. *de C. et D.* Fieri tam potest, ut ex meritis et aequitate circumstantiarum, aliter sit respondendum, ut fit in *l.* 74. §. 1. *ad Sc. Trebell.* quam superioribus non putem adversari, licet aliter D. Wissenbach ad *tit. de Legat.* 1. *th.* 18.

4. De rebus dubiis est etiam haec observatio, quod aliquando medietatem sequi liceet, si quando alius non datur exitus, ut factum ab Impp. *in l.* 40. *de Haered. inst.* §. *ult. I. de Vulg. subst.* An idem liceat Jctis et Judicibus, merito

(b) *Pos.* 2. (c) *Pos.* 3. (d) *Pos.* 4. *et* 5. (e) *Pos.* 6. 7. *et* 8.

(1) *Utilissima sunt, quae de hac quaestione scripsit Josephus Averanius* interpret. jur. lib. 3. cap. 18. et 19. *ubi quinque regulas proponit ad dignoscendum, quandonam scriptum spectandum sit potius quam voluntas, quando vero a scripto sit recedendum, et voluntas spectanda, simulaque multas leges huc pertinentes exponit.*

(2) *Adde quoque Josephum Averanium* interpret. jur. lib. 5. cap. 31.

dubites, scilicet, ut res ex aequo ob ancipites rationes inter litigaotes dividatur? Baldus id negat; esse enim rusticum aut eerebrinum et a juris arte alionum. Ita et Gl. *ad l.* 34. *de Neg. gest.* Bartolus contra, id aequum eensuit *ad l.* 1. §. *nec castrenso. ff. de coll.* Bartoli sententiam praed Mornacius *fort. d. l.* 34. Distinguendum videtur, ioter medietatem rei faciendam inter litigantes, et medietatem, quae est io thesi elienjus ambiguae quaestionis. Hujus enim frequentissima io jure sunt exempla, ut in *l.* 3. *Si pars Haered. pet.* §. 25. *Inst. de A. R. D. l.* 40. *de Haered. inst.* Verum ut in hypothesi res inter partes dividatur, non videtur esse judicis, sed ad Principis spectare dispensatiooem, ut in *d. l.* 40. *de Haered. Inst.*

TIT. VI.

DE HIS QUAE POENAE CAUSA RELINQUUNTUR.

I. Remissio. Poena duplex. II. Facilitas judicum in ejus executione. III. Poenam nullo modo extendi posse, ultra quam praecedens dispositio ferat. IV. Species altera poenae illicita, quare. V. Illicitas esse, quae libertati officiunt.

(a) Exposita est haec Rubrica *ad tit. Inst. de Legat. n.* 30. *pag.* 260. Poena legatis vel institutionibus adjici solita, duplex est; una, ut melius impleatur voluntas, altera, ut haeres coerceatur. Prior et est et fuit olim licita, *l.* 1. *in pr. de pen. leg.* nisi justa causa sit excusationis, Sand. *l.* 4. *tit.* 6. *def.* 1. *vers. haec ita.* in qua probanda faciliores sunt judices, maxime, si clausula poena sit generalis; quo facit sequens exemplum.

2. Testatrix prohibuerat suppellectilem vendi, idque *in memoriam suam.* In fine testamenti poenam subjecerat, ut si quis imperata non faceret, beneficium testamenti amitteret. Haeredes suppellectilia diviserant inter se, non vendiderant auctione publica, ut plerumque fit apud nos. Deinceps unus haeredum, suam partem mobilium vendiderat. Cohaeredes agebant ex clausula poenali ad totam portionem ejus haereditariam. Non visum est Curiae nostrae, totam huic clausulae generali vim tribuere in re tantilla, praesertim cum prima divisione venditionem, ad quam maxime Testatrix spectasse videbatur, exoluisseut: praeter quod prohibitae alienationi, satis in rebus soli molestae, effectum infinitum tribuere absurdum videbatur. Haeres igitur venditor absolutus est in causa *Moirnet Egberts, contra Grietje Jans, d.* 28. *Jun.* 1680.

3. Non potest etiam clausula poenalis ullo modo extendi, ultra quam praecedens dispositio ferat. Testatrix bines fratres binasque sorores haeredes instituerat; alteri autem sorori, alterique fratri alienationem interdixerat; deinde subjecerat poenam, *si fratres sororesque contra voluntatem suam facerent, beneficio Testamenti privarentur,* Frater, cui non erat prohibitum alienaverat. Soror ad poenam agebat, eo quod poena ad omnes pertineret, ergo et prohibitio, cujus gratia poenam adjecerat. Sed merito rejecta est, quia poena non est nova dispositio, verum ad dispositionem se refert. In causa *Scholtonis a Paffenrode, contra Georgium Liaukema. d.* 15. *Jul.* 1643. apud Nautam.

4. Altera poenae species olim erat illicita; quia legata benevolentiae non odii causa relinquuntur: hodie valent, nisi turpes aut impossibiles sint, quae vitiant legatum. §. *ult. I. de Legat.* (b) Turpis et olim erat *poena,* si nuptiae secundae Uxori vetarentur, hoc modo; si nupserit Uxor, mille aur. dato, *l.* 22. *et* 64. *de C. et. D.* junct. *l.* 61. *eod.* sed nonne hodie tale legatum valebit, quia per modum conditionis id uxori eum effectu injungi potest *Nov.* 22. *c.* 44. junct. §. *ult. I. de Leg.*? Ita videtur.

Scholium.

Non tamen virgini; Brunnem. ad tit. C. de ind. vid. Perez. ibid. n. 8. 9.

5. Inter illicitas sive turpes poenas, etiam reputabant Veteres, si quae libertatem onerarent; quod maxime in Patronis improbabatur, qui libertis suis quaedam injungere solebant, quibus premerent ac onerarent eorum libertatem, *l.* 2. *de oper. libert.* ut libertus timeat suum Patronum eique obtemperet. *l. ult. in fin. Quar. rer. act. non dat.* Qualis *si me offenderis,* tantum dabis. Propter quem metum libertus quidvis, praecipiente Patrono, sustineat. *l.* 1. §. 5. *eod. tit.* Ideo tales promissiones sunt inutiles *d. l.* 1. §. 5. *et l.* 32. *de oper. libert.* Quare nec ejusmodi Legatum peti poterit; *Haeres si me offenderit, Caja vel Titiae centum dato,* per *dd. ll.*

(a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 2.

TIT. VII.

DE REGULA CATONIANA.

I. Qualis haec regula, et quare non nisi ad puras dispositiones pertineat. II. An et in contractibus. III. An Legatum rei propriae per alienationem convalescat.

(a) Regula Catoniana, incertum a quo Catone; plures enim fuere, dicta, sic ait; Quod Legatum, vel quae haeredis institutio inde *ab initio* facti testamenti *non valet, haec vel illa deinceps convalescere non potest. l.* 1. *h.* Pertinet autem ad pura Legata et institutiones, non ad conditionalia, *l.* 4. *h.* quia quod a conditione suspenditur, cum sit incertum, ex initio aestimari non potest; Eadem ratio est in Legatis, quae in diem incertum relinquuntur, cum dies incertus pro conditione habeatur. *l* 75. *de C. et D.* Hinc etiam petenda ratio, ut videtur, quare haec regula non pertineat ad ea legata, quorum dies non mortis tempore, sed post aditam cedit haereditatem, *l.* 3. *h. t.* quod novis legibus, quae in *l ult.* dicuntur, introductum; Legibus scilicet caducariis Julia Papia et Norbana; quibus dies cedebat ab apertis tabulis; sive edita haereditate, quod tempus etiam est incertum nec antea peti potest. Ulpian. *in fragm tit.* 24. §. *Legatorum.* 31. Paul. 3. *sent. tit. de Legat. l.* 44. §. 1. *de Bon. libert.* Tu dices; Tempus mortis Testatoris etiam est incertum, et si legatarius ante eam moriatur, nihil etiam peti potest. Sed facilis responsio; Tempus mortis est ipsum illud, quo testamentum vires capit, adeoque praesens est tempus, nec usquam pro incerto habetur aut haberi potest: Sed immediate connectitur cum Testamenti factione cujus tempore si non valuerit legatum aut haeredis institutio, non potest quoque tempore mortis valere, quoniam, ut diximus, hoc cum illo, sine medio cohaeret.

2. (b) Hujus Regulae instar, pertinet etiam ad contractus, §. 2. *Inst. de Inutil. stipul. l.* 83. §. 5. *de V. O.* non tamen usque quaque, vid. *l.* 12. *et seq. de Reb. Cred.* (1).

3. (c) De re legatarii propria legata, quae vivo testatore a Legatario alienata est, diximus *ad Inst. de Legat. n.* 10. Lex. 1. §. *ult. h.* agit vel de legato conditionali (a), vel ἀντινομία est. (2)

Scholium

(1) *Quod verius puto:* * *quamvis ad Strauch. inclinaverim in eorum sententiam, qui dicunt sub esse antinomium.*

TIT. VIII.

DE HIS QUAE PRO NON SCRIPTIS HABENTUR.

I. Quaenam pro non scriptis habeantur et effectus eorum. II De his, qui sibi adscripserunt.

(a) Pro non scriptis habentur, quae per se et ab initio inutilia sunt, ut ea, quae personis incapacibus palam relinquuntur, *l.* 3. *pr. h.* qualia penes haeredem manent, ut et ea, quae quis ipse sibi adscripsit, *l.* 1. *h.* item, si legatarius in vivis non fuerit, *l.* 4. *h.* et quae intelligi nequeunt. *l.* 2. *h.* Caeterum, quae clam personis incapacibus relinquuntur, ea cedunt fisco. *l.* 1. *de Jur. fisc.* Quae palam, ea penes haeredem remanent, Cujac. 7. *observ.* 21. *vid. d. l.* 3.

2. Sibi autem videtur adscribere, qui etiam ex ore dictantis Testatoris scripsit, *l.* 3. *C. de His qui sibi adscrib.* nisi filius haeres etiam ab intestato futurus, ex ore Patris se haeredem scripserit, *dulci functus officio*, ut habetur *in*

(a) *Pos.* 1. 2. *et* 3. (b) *Pos.* 4. (c) *Pos.* 5. (a) *Pos.* 1. *et* 2.

(1) *Vide quae de hac Regula item de Regula* l. 29 de reg. jur. *habet Josephus Averanius* interpret. jur. lib. 4. cap. 21. et 22.

(2) *Confer ad* h. t. *Bartholomaei Chesii interpretationes* lib. 1. cap. 3. *ubi omnes hujus tituli leges expmit, et l.* 3. *conciliat cum* l. 4. h. t.

* Et quod verius esse, eleganter demonstravit Franciscus Balduinus *de Regula Catoniana p. m.* 54. editionis ab Hamburgero curatae, qui hoc opusculum cum Jo. Strauchii *dissertat. de Regula Catoniana Jaenae* 1715. recudi fecit.

l. 2. *C. h. t.* quam veniam non habet maritus respectu uxoris, sed hic non modo excidit eo, quod sibi relictum, sed etiam Legis Corneliae poena tenetur, *l.* 4. *d. tit. C.* ut et reliqui omnes, nisi falsi poena justa ex causa remittatur. *l.* 3. *in fin. et seqq. C. eod. tit.* Poena falsi, si de dolo non constet, vix est ut hodie locum habeat, sed pro non scripto haberi tale Legatum, dubium non est, Idemque locum habere, nec dubitavi de facto consultus, postquam aliquis ex ore Testatoris sibi legatum adscripserat, id scheda, ex qua Notarius composuerat Testamentum. Quippe, cum idem in eo sit metus falsitatis eademque causa adscribendi. Proinde si Testator scriptorem Testamenti vel codicilli augere velit, hoc eum sua manu adscribere oportet. *l.* 2. *d. tit. C.* Secus esse in Testamento nuncupativo coram testibus facto et dein ab haerede vel Legatario scripto, sentiunt Mantica *de conject. ult. vol. l.* 1. *tit.* 6. *n.* 5. 7. Peck. *de Testam. conjug. l.* 3. *C.* 10. Fab. *ad lib.* 9. *tit.* 14. *def.* 1. Perez. *ad d. tit. C. n. pen.* secundum quos judicatum esse in Suprema Holl. Curia testatur Groenewegius *ad d. tit. C.* quod evenerat, cum Wilhelmus Arausionum Princeps Pater Gloriosissimi Magnae Britanniae Regis *Wilhelmi III.* primum Hollandiae Praeses Tribunal conscendisset 23. *Januar.* 1648.

TIT. IX.

DE HIS QUAE UT INDIGNIS AUFERUNTUR.

I. Quid indigni. II. Causae indignitatis respectu Testatoris. III. Respectu Testamenti: IV. Aliorum delictorum respectu. V. Esse causas, quae non dant locum Fisco. VI. Usus hujus tituli.

(a) Incapaces sequuntur indigni, qui per se capaces, ob maleficium, eo quod ipsis relictum est, privantur, quod fit plures ob causas, quae non incommode ad tria genera reducuntur; ut sumantur vel testatoris, vel testamenti, vel alterius delicti respectu.

2. Ratione Testatoris indignus est, cujus dolo negligentiave dolo proxima defunctus interiit. * *l.* 7. §. *pen. de Bon. damn. l.* 3. *h.* Si necem ejus non sit ultus, qua de re vidimus *ad tit. SC. Silan.* Si bona viventis aut partem eorum alienaverit. *l.* 2. §. *ult h. t.* Si Testatori status controversiam moverit. *l.* 9. §. *ult. h.* Quod ad ultionem attinet, hac causa plerique publicationem moribus hodiernis cessare volunt, adeo ut etiam transigere de caede haeredibus sit innoxium. Grot. 3. *Introduct. p.* 4. *n.* 10. Christinae. *vol.* 1. *decis.* 152. *n.* 2. Zipae. *not. jur. Belg. de Transact. vers. Accusare et vers. Transactio.* Carpzov. *pract. crim P.* 1. *Quaest.* 34. *n.* 72. *ad fin.* Mutationis hujus duplex est ratio. Prima, quod persecutio vindictae ad sanguinis poenam, mansuetudini Christianae parum convenire videatur, et altera; quod Accusatio non pateat hodie privatis, sed a Republ. et solo Procuratore Generali exerceatur.

3. (b) Ratione Testamenti pro indigno habetur, I. Si Testamentum sit factum haerede legatariove cogente, vel prohibente mutari, qua de re *superius* actum *Tit. Si quis aliq. testari coeg.* II. Si quis testamentum dixerit falsum vel inofficiosum et succumberit. *l.* 5. *et l.* 7. *h.* adde *l.* 15. *h.* III. Si filius emancipatus petierit bonorum possessionem contra tabulas, et ex substitutione impuberis adierit haereditatem. *l.* 2. *in pr. h.* Non jure factum impune licet arguere testamentum, *l.* 5. §. 1. idque etiam post legatum perceptum, *pr. d. l.* 5. ubi traditur, et falsum licere dicere postea, sed cum periculo amittendi legatum. Inofficiosum vero prorsus, legato percepto, dicere non licet. *d. pr. in fine.* Denique, si quis Testamento auctus, clam rogatus sit incapaci id relinquere, quod relictum est, Fisco vindicatur, ut diximus *ad tit praecd.* Referatur huc etiam casus *l.* 12. *h. t.* In priore testamento scripti sunt haeredes capaces, in secundo incapaces; Secundum, scilicet, ipso jure non valet, ideoque prius non rumpitur, sed summo jure valet: attamen haeredibus in primo testamento scriptis, bona tanquam indignis auferuntur, quia non habent ultimam testatoris voluntatem; Ideoque bona publicantur, salvis tamen legatis. *d. l.* 12.

(a) *Pos.* 1. *et* 2. (b) *Pos.* 3. *et* 4.

* *P.* 3 *C El.* 26. Conjugem, qui alterum malitiose deserit aut ultimo morbo decumbentem neglegit, etiam portione statutaria ac lucris ex bonis defuncti, per acta dotalia, statuta ac consuetudines locales percipiendis indignum declarat, eaque haeredibus desiderantibus, non vero fisco, vult cedere. Legatum tamen postea (*condonandi*) conjugi relictum ei praestari ac poenam indignitatis cessare jubet, si conjux ignoverit injuriamque remiserit. Add Carpzov. *ad d. C. def.* 1. *a. II. n.* 19

4. (e) Delieta alia, quae eausam indignitatis praebent, sunt. I. Adulterium vel stuprum eum defuoeto defuoctave commissum, etiam in militari testamentu. *l.* 13. *in fin.* eum *l.* 14. *h. t.* II. Si quis duxerit adulteram, vel oupserit adultero, couvictis, aut saltem accusatis. *a l.* 13. *h.* III. Si quis duxerit uxorem quovis modo Lege prohibitam. *l.* 2. §. 1. *h. l.* 1. *Unde Vir et Uxor. l.* 4. *C. de Incest. Nupt.* qua de re Saodius *lib.* 4. *Decis. tit.* 4. *def. ult.*

5. (d) Ob has eaosas fiseus adoittitur. *l.* 2. *et seqq.* Suot tamen et aliquae esusae, ob quas amittitur quidem, at non eonfiscatur legatum, ut si tutor se excusaverit a tutela, propter quam honoratus erat legato, *l.* 5. § 2. *h. t.* adde *l.* 9. *princ. h. t.* ubi oota opposita sanctiones, *ut legatum ab eo peti non possit.* Iterum §. 2 *ex qua specie statim fisco deferetur:* deoique in *l. ult. in f. Non fisco hoc vindicatur; sed apud eum, a quo relictum est, remanet.* Forte etiam hue pertinet, quod libertus oarere dicitur legato, relicto ipsi a patrooo, quem illicitae mercis oegotiatorem detulerat; nam propter quod praemium meruit a fiseo, vix est ut eidem obuoxium videri possit. *l.* 1. *h.* junct. *l.* 2. *pr.* Hue etiam referri debet, quod *ad tit. de Haer. inst. n.* 5. plena manu tractavimus, de Curatoribus, et Custodibus minorum annis 25. Nam legata haereditatesque illis relictas, non cedere fisco, sed rem remaoere penes haeredes, probatum est, nen ad ordinem ineapacium potius illa speeies, quam ad indignos referenda videtur; Quod etiam ad Collegiis prohibitis, maxime apud nos, pootificiorum ad *eundem titulum n.* 4. demenstratum est.

6. Quin etiam promiscue omoes indignos pro ineapaeibus esse habendes, iisque relieta pro non seriptis haberi tradit et multa auctoritate probat Groenewegius *ad tit. C. de His, quae ut indign.* Sed quod ioter Auctores ejus mutationis refert Sandium *d. l. tit.* 4. *def.* 5. mious reete fit. Ait eoim ille, Curiam nostram in casu Legati relicti ab illegitimo Conjuge, Procuratori Generali mandasse, ut tueretur jus Fisei; hoc ipso, addit, satis inoueotem, jus Fiscale io Frisia hac in parte ooo omnino esse abrogatum. Nostra memoria Fiseo adjudicata est haereditas eujusdam *Sakle Kuirds*, quem haeres *Hanso Johannis* ioterfeeerat *anno* 1663. Reeentius exemplum est Legatarii, qui probatus erat adulterii consuetudioem habuisse cum Testatriee, et declaratus est indignus legato, idque Fiseo adjudicatum, in causa Procuratoris Generalis contra *Jacobum e Kikol. d.* 20. *Decembr.* 1684. Manet igitur usus hujus tituli εἰς κεῖται.

(e) *Pos.* 5. (d) *Pos.* 6. *et* 7.

LIB. XXXV. TIT. I.

DE CONDITIONIBUS ET DEMONSTRATIONIBUS ET CAUSIS ET MODIS LORUM, QUAE IN TESTAMENTO SCRIBUNTUR.

I. Conditiones impossibiles esse, quae in se tales sunt, non respectu legatarii. II. Quid in concursu plurium conditionum. III. Cautionem Mutianam praestari, quoque haeredibus legitimis. IV. Jus petendi aliquando esse et e Legato conditionali. V. De conditionibus tacitis. VI. De die legatis adjecto. VII. De conditione, si nupserit alicujus arbitrio. VIII. Demonstratio et. Causa, remissive. IX. De modis et eorum effectu. X. Quid si nequeant impleri. XI. De Conditione pluribus imposita et a nonnullis impleta. XII. De tali, quae jam est impleta, priusquam imposita.

(a) De cooditionibus ultimarum voluntatum jam bis actum est, *ad tit. Inst. de Haered. inst. n.* 6. *et seq. et ad tit. ff. de Condition. instit.* Ideo oihil heie quam singularia pauca notabimus. Primo, impossibilem conditionem haberi illam, quae per se repugoantiam a natura vel jure implicet, non quod impossibilis sit ei, cui injungitur, modo ab alio possit impleri: ut si spadoni legatum relinquatur, sub conditione, si filium procreaverit, vel homioi octuagenario, si post L. annos monumentum testatori fecerit. Proinde ejusmodi conditio vitiat legatum, per *l.* 4. §. 1. *de Statul.* ubi haec conditio, *Si haeredi* MILLIES *dederit.* Millies scil. *sestertium.* Singula sestertia plus 30. imperialibus efficiunt. Nam *sestertium* est mille sestertii. Quanti sestertius fuerit, ex denariis, qui multi hodieque supersunt, patet. Solent haberi pro *sex stuferis*, quales 50. in thalero *imperiali*; sed veteres denarii consulares et triumvirales imprimis, plus octo stuferis valent. Verum ponamus cum Gronovio *sex stuferos.* Denarius habet quatuor sestertios; ergo singuli sestertii faciunt sesquistuferum; et sic mille sestertii florenos 75. qui sunt imperiales sive corooati *triginta.* Sestertium in neutro genere, tenet mille sestertios. Ergo sestertia mille sunt florenorum *septuaginta quinque millia*, sive triginta millia imperialium. Quaodo ponitur *millies*, constat eam summam centies multiplicari. Ergo jussus dare *millies*, debet tres milliones, sive tricies centum millia Imperialium. Servus igitur libertate donatus *si millies dederit*, fietne liber tanquam impossibili conditione, an non fiet, ut deficiente conditione? Responsum est, liberum non fieri, *d. l.* 4. §. 1. *de Statulib.* (1) quia non est res impossibilis, *millies* dare, nisi ei qui non habet, in argento vel fide: Quomodo Caesar adhuc privatus, ultra substantiam bonorum suorum milliones sex imperialium mutuo acceperat, sicut ipse calculos ponit *apud Suetonium*, ubi: *bis millies opus mihi, ut nihil habeam.*

2. (b) Ubi plures conditiones disjunctim sunt impositae, non omoes, sed ultima dumtaxat spectatur, *l.* 87. *et seqq. h. t.* secus ac in haeredis institutione, ubi quae prior extitit, institutionem facit puram. *l.* 17. *de Cond. Inst.* Hinc legatum in prima parte testamenti pure, dein sub conditione relictum, conditionale censetur: *l.* 89. *h. t.* haeredis institutio pro pura habetur. *l.* 27. §. 1. *de Haer. inst.* (2)

3. (c) Conditio non faciendi, Legatum non suspendit, sed petitionem dat continuo, sub cautione Mutiana, sic a Mutio Scaevola ejus

(a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 2. (c) *Pos.* 3.

(1) *Addi potest, hoc ipsum favore libertatis esse introductum, quam rationem dat Paulus* l. 4. §. 1. de statulib. *his verbis*: quia nec animos dandae libertatis est. *Solebant enim dare libertatem servis, non animo dandae libertatis: sed ne unquam servi ad veram libertatem pervenirent: inde dabant libertatem in tam longum tempus, ut ea tempore vivere is qui manumissus est non possit, aut sub difficili, imo fere impossibili conditione, ut, si is tamquam statuliber ab alio manumitteretur, non Romanam, sed Latinam libertatem consequeretur.* l. un. §. 7. C. de Latin. libert. *Itaque, ne impediretur libertas, placuit legatum vitiari, Vide Josephum Averanium* interpret. jur. lib. 2. c. 24.

(2) *Ratio differentiae est, quia haereditas semel data, in eodem testamento adimi non potest.* l. 13. §. 1. de lib. et posth. *at causa praecedentis legati, in totum mutari ademptione potest.* l. 12. §. 3. de legat. 1. *Sed cur tunc prima emptio pura, non tollitur per posteriorem conditionalem?* l. 7. de rescind. vendit. *Quia ab emptione jam perfecta non vult recedere qui rursus sub conditione emit, nam deficiente conditione non vult ab emptione recedere, sed tantum non emere. At legatum pure datum non statim consistit, sed post mortem dantis est confirmandum, quam confirmationem impedit secundum conditionale legatum. Vide sis Barthalom. Chesium* de different. jur. cap. 37.

inventure dicta, de restituendo, si fecerit, quod facere prohibitus est. *l. 7. in pr. h.* Eaque cautio praestatur ei, ad quem, deficiente conditione, hoc legatum eave haereditas pertinere potest. *l.* 18. *h.* Quid si haeredi ex asse conditio non faciendi adscripta sit, an admittetur ad haereditatem sine cautione? Ita censet Wissenbachius noster *ad h. tit. th.* 5. Adeoque *legitimis haeredibus ab intestato venturis, hanc conditionem praestari non oportere contendit*, Bachovium secutus ad *Tr. vol.* 2. *disp.* 13. *lit. G. sub fi.* motus ad hoc duobus textibus, *l. 7. §. 1. h. t. et l.* 4. §. 1. *de Condit. Inst.* qui tamen non sufficiunt ad regulam generalem *d. l.* 18. ab haeredibus legitimis alienandam. Hoc enim e textibus objectis colligitur tantum, si conditio non faciendi implicet contradictionem, non esse locum cautioni. Ita haec conditio; *Maritus haeres esto, si dotem, quam ei promisi, non petierit; τὸ ἀδύνατον, impossibile*, implicat; nam unde nisi ab haerede petet dotem? Ipse autem solus est haeres. Ergo nulla petitio, nec ulla cautio habet facultatem. In *l.* 4. §. 1. *de Condit. Inst.* sic habetur; haeres ex asse, scriptus sub conditione, *si servum haereditarium non alienaverit*, sub impossibili conditione institutus videtur. Cur ita? Rationem reddit Cujacius, quia servus, *haereditarius*, non nisi jacente haereditate vocatur. Quando unus igitur est haeres, impossibile est, ut post aditionem servus sit haereditarius: sed respectu cohaeredis id usum habere potest; ideoque tum praestatur cautio. Placeat haec responsio; licet eam Bachovius *d. loco* cavillatoriam appellet, ipse cavillatorum coryphaeus. Enimvero etiam quod haeres legitimus hanc cautionem accipiat, patet ex *Nov.* 22. *c.* 44. ubi mulier haeres scripta, *si non transierit ad secundas nuptias*, haeredibus ab intestato venturis cavere cogitur, se non esse iterum nupturam, ut si nubat, bona restituturam.

4. (d) Legatum igitur sub conditione non faciendi relictum, statim, ita ut dictum, peti potest. Imo, generaliter ex justa causa dabitur judicium de Legato conditionali, ut condemnatio fiat, etiam ante conditionem existentem, si forte testes jam mihi sint, qui tempore conditionis existentis possint non esse; at executio usque ad diem impletae conditionis differenda est. *l.* 40. *ad L. Aquil.*

(e) Si tempus implendae conditionis non sit adjectum, potest eam Legatarius, quandocunque adit, implere. *l.* 10. *h.* Caeterum, si non impleat, deficit legatum, ut dixi *ad tit. de Condit. Instit.* (1)

5. (f) Possunt etiam tacite adjici conditiones, veluti, quando testator legat fructus ex fundo certo nascituros, *l.* 1. §. *f. h. t.* si enim nihil natum fuerit sine facto vel culpa haeredis, nihil debebitur. *l.* 37. *de V. O* At eo casu Legatum, quod ad transmissionem attinet, conditionale non est, quia conditio non e testamento, sed extrinsecus accedit. *l.* 99. *h. t.* (2)

6. (g) Diem haeredis institutioni adjici non posse, dictum est alias, ratione *l. 7. de R. J.* quae cessat in legatis, adeoque illa diei adjectionem non respuunt. *h. tit.* Sed dies incertus pro conditione habetur, *l.* 75. *h.* nisi praestationi dumtaxat apponatur, *l.* 26. §. 1. *Quand. dies leg. ced.* nec tantum incertus habetur dies, de quo plane non constat, an et quando sit extiturus, sed etiam, cum certum est quando, incertum an sit extiturus; imo etiam, cum certum est quod sit extiturus, incertum quando, veluti cum Cajus haeres morietur, *l.* 4. *pr. eod.* nempe, si legatum alii sit relictum, quia tunc manet incertum, an Cajus vivo altero sit moriturus, secundum *l.* 4. *pr. Quand. dies leg. ced.* Quod si haereditas aut legatum alicui relinquatur, cum ipse morietur, hoc purum est *l.* 79. *h.* non obst. *l.* 9. *C. de haer. inst.* ubi adjectio cum morietur, non ad honoratum, sed ad tertium referri debet, licet aliter Gothofr. *ad d. l.* 9. (3)

7. (h) Notandus etiam casus *l.* 72. §. 4. *h. t.* Legatum Sejae relictum est, sub conditione, si arbitratu Titii nupserit, conditio impleta censetur, *si nupserit Seja*, licet arbitratu Titii neglecto; ne sit in alterius potestate nuptias impedire, et videtur haec esse ex earum numero, quae libertati nocent, adde *l.* 134. *pr. de V. O.* de quibus *ad tit. de his, quae poen.* Tu vide *l.* 28. *pr. h. et d. l.* 72. §. 4. Aliud esse, monet Groenewegius ad *d. l.* 72. §. 4. si Legatum relictum sit sub conditione, *si cum consensu vel consilio Titii nupserit*, ex Grasso *recept. sent.* §. *Legatum. Quaest.* 50. *n.* 11. Mantica de *conject. ult. vol. l.* 11. *tit.* 18. 19. Peckin de *Test. conjug. l.* 1. c. 24 *n.* 6. Auctores illi de consilio loquuntur, quod est diversum a consensu. Consilium est commendationis potius, quam praescripti. A consensu alterius quam qui Legibus injungitur, matrimonium suspendere fas non censetur, ne quidem ut ab ipsis parentibus, liberis suis, post mortem illorum, quidquam praescribatur. *d. l.*

(d) *Pos.* 4. (e) *Pos.* 6. (f) *Pos.* 5. (g) *Pos.* 9. 10. *et* 11. (h) *Pos.* 8.

(1) *Conditionem promiscuam, legatarius, quam primum poterit, implere debet:* l. 29. h. t. *et quidem hoc animo ut pareat voluntati testatoris.* l. 2. h. t. *Vide Josephum Averanium* interpret. jur. lib. 4. cap. 28.

(2) *Pulcherrima sunt quae de conditionibus tacitis observavit Vir Clarissimus Josephus Averanius* interpret. jur. lib. 4. cap. 5.

(3) *Confer rursus Josephi Averanii* interpretationes jus. lib. 2. cap. 16.

134. *in pr. et l.* 72. §. 4. *l.* 28 *pr. h. t.* Proinde nee si a Curatoris consensu nuptiae suspeodantur, Legstum aut institutio deficiet; tametsi consensus Curatoris omittatur, *arg. l.* 8. *C de Nupt.* junet. *dd. ll.* quae res frequenter usu venit, tam in locis; quibus Coratoris consensns est necessarius, ut apud oos, ubi valet eouditio, quam ubi non requiritur, apud Batavos.

8. (i) Sequuntur in Rubriea Demonstrationes et Causae, de quibus dictom satis *ad Inst. de Legat. n.* 28. *et seqq.*

9. Tertio loeo pouuntur in Rubriea Modi, qui suot adjectioues, quibus Testator usum et scopum rei legatae designat, veluti, ut *Cajam alat*, ut hoo aut illud *fiat*. A eonditioue ita fere discernitur, quod conditio per *SI*, modus per UT exprimatur *l.* 17. §. *ult. h. t.* (k) Effeetus modi est, ut legatarius, antequam aeeipiat legatum, eavest, se modum esse impieturum, quo oou faeto, haeres vi eautioois repetit, quod illi praestitit, *l.* 80. *h.* verum eogi, ut accepto legato, modum impleat, non poteat iegatarius, utque noo ab eo, in eujus favorem modus est sdjoctus *l.* 92. *h.* Sed hodio hi, quibus aliquid sub modo relietum est, quasi ex fideicommisso agere possunt *l.* 2. *C. de his, quae sub mod.* Quio et olim extra ordioem is, qui agnoverat legatum, eompelli potuisse videtur, per *d. l.* 92.

10. (l) Debet autem modus sioo dubio praecise impleri, modo per testatoris verba possit. Quid enim, si is jusserit monumentum sibi fieri, sd exemplum ejus, quod est in tali loco, idque sub poena, ubi nullum reperiatur? Monumentum quidem omnino facieodum est, at si exempium illod, eujus ideam testator habuit snimo eonceptam, igooretur, faeiendum est socundum substantiam et dignitatem defunoti. *l.* 27. *h. t.* Sio etiam, si modus per legem oivitatis non sit lioitus, in slium usum, quam proxime ad voluntatem testatoris eecedentem, peeuoia destinata eonverti debet *l.* 16. *de Usufr. Legat.* Pari modo legstum Ecleesise relietum sub modo seeundum ritus ejus Eeelesiae prohibito, oihil causae est, quare oon ad alium maxime similem usum legatum sit applicaodum. Nec sliud dicendum, si modus initio fuerit lieitus, doin reformatione in melius faeta illieitus evaserit; Legatum neutiquam iotercidit neo in profaoos usus eoeverti potest verum maoet Eeelesiae io usus pios custodiendum. Haec accedont ad πολυθρύλλητον quaestionem, quae jam oousenuit; sunt enim eootroversiarum, sieut aliarum rerum, eertae incertaove periodi.

11. (m) Subjieiemus adhue duas observatioues. Prima: saepe fit, ut cooditio pluribus porsoois uno verborum eontextu impooatur. Quidam ex honoratis impleot eooditionem, quaotum io ipsis est, an hi reiictum pro sua parte potere possuot? Dieeodum est, posse; modo res eam facultatem recipiat, ut separatim impleri possit, eoque si potis est, ineiinaodum, ut qui suem partem implet, admittatur. *l. pen.* §. 1. *et* 2. *h. t. l.* 57. §. 1. *vers. quod si uterque D. ad Se. Trebell.* Et quidem plerumque facti eooditio, veluti, *si Romam iverint; si insulam aedificaverint*; omoino est individua: Proiode si uous ooo impleverit, nemo sdmittitur; secus est io eooditione dandi pecuniam; qui suam partem oneris solverit, pro parte sua hooaris admittitur. *l. pen. pr.* §. 1. et 2. *de C. et D.*

12. (o) Si jam faetum est, quod eonditioois loco pouitur, so relietum peti potest, quasi conditiooe impleta, an secus quasi non impleta? Sic distioguendum: aut testator igooravit impletam esse eonditiooem, aut seivit: si igooraverit, conditio pro impleta habetur; si scivit, rursus distinguitur, aut id potest iterum fieri, veluti, *si navis ex Asia venerit, si nupserit:* aut est e usmedi, ut semel tantum fieri possit, veluti, *cum pubes erit.* Hoc casu eonditio pro impleta habetur; sed priori expectandum, donec iterum impleatur. *l.* 10. §. 1. *et l. seq. l.* 68. *de C. et D.* Pse. *h.* Saod. 4. 6. 3. (1)

TIT. II.

AD LEGEM FALCIDIAM.

I. Remissio. Harmenopulus notatus. II. Ratio dedueendi Quartam pressius exponitur. III. Specialiter in Legatis annuis et usufructu. IV. An consilium Imp. quod est in §. 2. in f. I. h. t. *sit abolitum* io Nov. 1. c. 1.

Locum de Lege Faleidia *ad Inst.* titulo *παραλλήλῳ* executi sumus, ubi *a princ.* Dionem, historiam latae legis hujus memorantem, ab errore, contra Balduinum, vindicavimus. Reetius Harmenopulum aliquis repreheodeodum putet, qui *lib.* 5. *tit.* 9. φαλκίδιος λέγεται παρὰ τῷ

(i) *Pos.* 12. (k) *Pos.* 13. *et* 14. (l) *Pos.* 15. 16. 17. *et* 18. (m) *Pos.* 16. *lib.* 28. *tit.* 7. (o) *Pos.* 17. *lib.* 28. *tit.* 7.

(1) *Adi Burius Josephum Averanium* interpret. jur. lib. 4. cap. 28.

νόμῳ, Inquit, ὅταν ἐκ κοινοῦ τινος πράγματος οὗ μετέχουσι πολλοί, μέρος τι τούτων ἑκάστῳ τῶν μετεχόντων εἰς αὐτὸ δίδοται, id est, *Falcidia in jure dicitur, quando ex re quapiam communi, cujus plures sunt participes, aliqua pars cuique eorum, qui habent communionem, tribuitur.* Apparet sub Falcidia Graeculum complecti Legitimam, de qua prope sola in illo titulo: ut est verum, in Jure legitimam quandoque Falcidiam vocari. *l.* 8. §. 11. *de inoff. testam l.* 31. *C. eod.* Etiam Quarta Pegasiani vel Trebelliani SCti Falcidiam novimus appellari. *l.* 1. §. 19. *ad SC. Trebell. l.* 11. *de leg.* 1. *et alibi.* Sed tametsi tam generaliter abusua magis quam usus vocis extendatur, nulli tamen in mentem venit JCtorum veterum ita definire Falcidiam. Quin nec ita voce accepta, definitionem Harmenopuli quisquam adhuc obscuritatis et ineptitudinis excusaverit.

2. Quo pacto legis Falcidiae ratio ponenda sit, tractatum est ad . *ult. d. tit Inst.* Praeterea sciendum, imputari in Quartam non omnia, quae haeres ex voluntate defuncti adeptus est, sed tantum quae jure haereditario, *l.* 74. *l.* 76 *et l.* 91. *h. t.* nisi ab ipso, cujus damno vult uti Falcidia, aliquid percipiat. *l.* 22. *eod.* (a) Tum deductio fieri debet ab omnibus rebus legatis, non ab iis, quas voluerit haeres, communes enim fiunt legatae res inter legatarios et haeredes, pro portione Falcidiae, *l.* 49. *D. h. t.* ita ut respectu legatariorum ipso jure minuantur *l.* 73. §. *ult.* Si tamen ex pluribus rebus legatis haeres quasdam solverit, uni scilicet legatario, si is petat reliquas plane, per doli exceptionem potest retineri Quarta, etiam pro his, quae jam data sunt, *l.* 16. *in pr.* quod si haeres omnia tradiderit, ignorans vires haereditatis, consequi poteat, ut sibi restituantur, ac si malit, potest vindicare partem rei legatae, quatenus ad quartam explendam erit necessum *l.* 26. *h. t.* Rectius tamen faciet, si exigat satisdationem a legatario, ut, si apparuerit, eum amplius legatorum nomine cepisse, quam per legem Falcidiam capere licebit, quanti res erit, tantam pecuniam det; quae cautio non tantum committitur, si legaverit ultra dodrantem, sed et si ob emergens aes alienum haereditas ita imminuta sit, ut legata superent dodrantem ejus, quod superesse deprehenditur, *l.* 1. *pr. et* § 11. *Si cui plus quam per L. Falc.* de quo mox. Quod si ignarus virium haereditatis solida legata solverit, ignorans se posse uti lege Falcidia, haec juris ignorantia non tribuit ipsi agendi facultatem, *l.* 9. §. 5. *de jur. ignor.* neque enim stultis solet succurri, sed errantibus, ait *ibidem* Paulus.

3. (b) Quid si annua legata, vel ususfructus sit legatus, quemodo inde fiet deductio: Macer JCtus rationem computandi notabilem tradit in *l.* 68. *h t.* Qui est infra 20. annos, praesumitur adhuc victurus annis 30. Intra annum 20. et 25. positis, vita praesumitur adhuc 28 annorum. Inter 25., et 30: dantur 25. Inter 30. et 35. ponuntur 22. Agentibus annum 35. usque 40. tribuuntur 20. Majoribus 40. et minoribus 50. ponitur vita quasi 59. annorum A 50. usque ad 55. anni 9. Inde ad 60. anni 7. Majoribus 60. cujuscunque aetatis tribuuntur adhuc 5. anni. Sed obtinuit, inquit Macer, ratio simplicior, ut minoribus annis 30. tribuantur adhuc 30. majoribus tot anni quot a 60. annis desunt, ut nunquam amplius quam 30. anni computentur, quod et in Republ. observatur. Sint igitur annua decem legata adolescenti, sit sors trecentorum, et haeres pro hoc legato detrahit 75.

(c) Videtur tamen et aliis modis computatio fieri posse: Nempe ut annuum legatum aestimetur quanti potest vendi; Perceptio decem annuorum pendens ab incerta legatarii vita, taxatur, ut ejus quantitatis pars quarta ab haerede detrahatur, ita est in *l.* 55. *eod.*

(d) Tertius modus est in *l.* 47. *in pr.* ut haeres de bonis Quartam retineat, atque ex eo, quod superest, tantum quotannis solvat legatario, quantum ei relictum est, donec nihil amplius de bonis supersit, neque a legatario plus etiam percipi possit; Nec videntur contraria illa consilia, ut tanquam antinomiae, quod faciunt alii, sint concilianda. Sed et inde liquet ratio *l.* 15. §. 2. cur is, qui aliquot annis solida annua solvit, non amittat tamen Falcidiam.

Videtur adhuc esse quartus modus reliquis simplicior, ex sententia Aristonis *in l.* 1. §. 9. *h. t.* ut quarta fructuum vel Reditus pars quotannis detrahatur, de quo diximus *ad tit. Inst. de Usufr. n.* 2. (e) Denique, respectu reipubl. diversus modus computandi proponitur in *l.* 3. §. *ult.* Nam si reip. in annos singulos legatum sit, Marcellus putat, tantum videri legatum, quod de lege Falcidia quaeritur, quantum sufficiat sorti ad usuras trientes ejus summae, quae legata est, colligendas: qua ratione aliquanto minus haeres consequitur quam juxta calculum *d. l.* 68. Ibi enim decem annuis legatis sors erat 300. unde quarta capiebatur ad 75. at hic sors fit dumtaxat 250. unde quarta capitur 62. cum dimidia. Plenius igitur aliquanto legatum ususfructus Reipublicae relictum intelligitur; de quo agit *d. l.* 68. quam annui legati.

4. Si Quarta tempore aditae haereditatis salva non sit, quae tempore mortis salva fuerat, Justinianus suggerit remedium haeredi, ut prae se ferat, nolle se adire haereditatem, de qua latius actum ad *Inst. n.* 4. Sed quibusdam vi-

(a) *Pos.* 3. (b) *Pos.* 4. *et* 5. (c) *Pos.* 6. (d) *Pos.* 7. (e) *Pos.* 8.

datur hoc remedium esse evanidum, per jus novissimum, *Nov.* 1. *c.* 1. qua constitutum sit, ut deficiente haerede, Legatariis *quasi aditio* quaedam permittatur *in d. cap.* §. 1. *et* 4. vers. in omnibus. Ubi: Καὶ ἄδειαν παρεχέτω τοῖς ληγαταρίοις καὶ φιδεικομισσαρίοις προσιέναι, *Licentia detur Legatariis et fideicommissariis adire.* Rursus: Δίδομεν ἀδιτίονος ἤτοι pro haerede γεστίωνος ἔχειν δίκαιον. *Damus illi jus aditionis aut pro haerede gestionis.* Proinde nihil opus est, haeredi aditionis causa supplicare, ut Imperator supponit in §. 2. *in f. d. tit. Inst.* Ita fere Wissenbachius noster ad finem *disp.* 26. *ad Inst.* Sed jam diximus *ad Inst. n.* 5. *in fin.* constitutionem *d. Nov.* 1. *cap.* 1. accipiendam esse de casu, quo scriptus haeres adiit haereditatem, et per annum cessatur implere voluntatem defuncti, ratione Legatorum et fideicommissorum, tum datur facultas denuo adeundi, primo, cohaeredi; quasi jure accrescendi, quod hoc casu datur in partem ejus, qui jam extitit haeres; secundo Legatariis, tertio haeredibus Legitimis; Quarto etiam extraneis adire et Legata praestare volentibus, supposito semper, quod habetur *in pr.* §. 1. *d. cap.* 1. Si haeres annum totum (post aditam scil. haereditatem) protraxerit officium implendi voluntatem defuncti.

(f) Postremo velim haec duo teneri; Ad rationem Quartae stabiliendam, Legata tam ab institutis, quam e substitutis relicta, contribuuntur; ita ut si vel pariter dodrantem haereditatis excedant, non Quartam haeredi salvam relinquant, detractioni Falcidiae subjecta sint. *l.* 11. §. 5. *l.* 79. *h. t.* Wissenbach. *h. t. th.* 15. *in med.*

(g) Quid si haeres aequivalentem Quartae summam acceperit legati, fideicommissi, vel conditionis implendae causa? Tamen gaudet Falcidia, quia in hanc imputantur ea tantum, quae jure *haereditario* sunt apud haeredem *l.* 74. *et l.* 91. *h. t.* Praelegata tamen haeredibus imputantur, quatenus illa capiunt a se ipsis. *l.* 22. *h.*

Caeterum, usus Legis Falcidiae in Foro non est frequens, cum quod raro eveniat, ut homines plus Legatis quam dodrantem bonorum complectantur, tum quod plerumque Falcidiae usum prohibere soleant; denique ideo, quod non nisi in casu beneficii inventarii impetrati locum habere possit, ut *ad l. sub fin. h. t.* demonstratum est. Noli tamen putare, abolitum esse. Stockm. *Dec. Brab.* 38.

Ad hunc locum pertinet etiam disputatio, quam occupavimus *ad tit. de Jure Delib. n.* 8. an Haeres legatariis etiam ultra vires haereditarias, eo quod non fecerit Inventarium, teneatur, an vero tantum amittat Falcidiae legis beneficium, quod nos illic probavimus, eoque Lectorem remittimus.

T I T. III.

SI CUI PLUS, QUAM PER LEGEM FALCIDIAM LICUERIT, LEGATUM ESSE DICETUR.

(a) Haeres, qui ignorans vires haereditarias plena legata solvit, laudatur, si acquiescat, *l.* 5. §. 15. *de Don. int. V. et U.* si jure constituto velit uti, habet vindicationem rei legatae pro rata Falcidiae. *l.* 26. *ad leg. Falc.*

(b) Prudentius tamen fecerit, si legata soluturus exigat cautionem a legatario, ut si apparuerit, quartam non esse salvam, sive ob aes alienum, sive per plura legata, tum legatarius rem, sive quanti res erit, restituat, *l.* 1. *pr. et* §. 11. *h. t.*

(c) Quod si necdum cuncta legatario praestiterit, habet et exceptionem doli pro quarta retinenda, *l.* 16. *pr. ad leg. Falc.* Quin et ipsa cautio potest condici, si per errorem seu juris, sive facti omissa fuerit. *l.* 3. §. *ult. h. l.* 1. *pr. Ut in poss. Legat.*

(f) *Pos.* 1. (g) *Pos.* 2. (a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 2. (c) *Pos.* 3.

L I B. XXXVI. T I T. I.

AD SENATUS-CONSULTUM TREBELLIANUM.

I. Remissio, et de origine fideicommissorum aliquid indictum. II. Primaevus eorum usus per quam rarus, non tamen abolitus, et exemplum. III. Usus fideicommissariae substitutionis, an salubris. IV. Senatus C. Pegasianum non videri adhuc penitus sublatum. Sed Quartam e fideicommissis singularibus, non aliunde deduci. V. Modi fideicommissorum varii. VI. Conditionem, si sine liberis, non impleri, nisi per liberos ex justis nuptiis procreatos. VII. Quid si duobus uno contextu adjecta, sed in uno impleta sit. VIII In liberis fideicommisso gravatis conditionem intelligi tacite. IX. Exemplum rei judicatae ad usum illius conditionis pertinens. X. De tacita conditione quae inest fideicommisso, quo post mortem Primi haeredis vocatur Secundus. XI. De fideicommisso temporario. XII. De necessitate restituendi fideicommissum. XIII. An et praelegata, portionesque cohaeredum adquisitae restituantur. XIV. An et portio quae accrevit, distincte: XV. Fructus non esse restituendos, nisi rogatu Testatoris. XVI. An haeres haeredis Quartam detrahere possit. XVII. Differentia inter Falcidiam et Trebellianicam. XVIII. An tacita proibitio Quartae sufficiat. XIX. An parentes in testamento cavere possint, ne liberi plus legitima capiant. XX. Caeteri modi, quibus Trebelliana cessat.

Dictum est ad *princ. tit. Inst. de Fideicommiss. Haered.* originem fideicommissorum fuisse a personis incapacibus, ut hae per ministerium capacium haereditatibus et legatis augerentur, nec ullam fuisse necessitatem talia praestandi fideicommissa, quia nemo Judex aut Magistratus poterat cogere fiduciarios haeredes, aut jus dicere personis per leges capere prohibitis; donec Augustus jam non minister Legum, sed *αὐτοκράτωρ καὶ ἑαυτοῦ καὶ τῶν νόμων*, *summus Arbiter sui et Legum*, mutationem instituit, quam *praedicto loco* commemoravimus, postquam ipse suo exemplo quid fas et fides exigeret, saepe docuerat. Quo minus autem miremur, Augusto placere potuisse commentum, quo leges eluderentur, dici potest, illas Leges fere antiquas, duriores, et usu quodammodo tritas fuisse, qualis verbi gratia, de filia civis Romani qui census erat, quam pater haeredem scribere non poterat, quod non census facere poterat, teste Cicerone, *prima in Verrem.* Verba Ciceronis; *Publ. Annius Asellius mortuus est C. Sacerdote Praetore. Is cum haberet unicam filiam, neque census esset, quod eum natura hortabatur, Lex nulla prohibebat, fecit, ut filiam bonis suis haeredem institueret.* Et mox, *Qu. Voconius sua Lege sanxit, qui census esset, ne quis haeredem Virginem, neve mulierem faceret.*

2. Sed quam non diu hic usus fideicommissorum in vigore fuerit, et quam certum deinceps habitum sit, ut incapacibus relicta palam, pro non scriptis haberentur, clam relicta fisco vindicarentur, *eodem loco* declaratum est; Adeo ut haec fideicommissa, quibus haeres primus immediate vel in continenti rogaretur aliis haereditatem restituere, abierint in desuetudinem; materia tamen ejusmodi testamentorum deficiente potius, quam jure positivo contrario. Quominus enim si quis occasionem habere se putans hoc modo agendi, aliquem scribat haeredem, cujus fidei committat, ut haereditatem alii statim restituat, modo persona legibus non sit incapax, nihil est quod prohibeat. Ejusmodi exemplum placet addere, quia sunt rariora. Bernardus Schotanus Antecessor Lugduno-Batavus celeberrimi nominis, quanta Legum scientia, tanta agendi secundum Leges dexteritate praeditus, aliquando consultus a cive Leidensi *Arnoldo de Witt*, quo pacto efficere posset, ne sorores suae, quas volebat haeredes relinquere, cum uxore sua, quacum erat ipsi communio bonorum, contenderent, quod, ut ingenium erat mulierum, omnino praevidebat futurum, respondit; si omnem litium occasionem praecidere vellet, nihil ad eum finem efficacius esse, quam si amicum aliquem, cui fidem haberet, haeredem institueret, praeteritis sororibus, eumque rogaret, ut bonis divisis et uxoris Patrimonio ab haereditate sua separato, hanc sororibus suis restitueret. Paterfamilias hoc consilio probato, ejus auctorem, non minoris probitatis quam doctrinae Virum, haeredem suum ex asse scripsit, fide ab illo accepta, se bona ab uxoriis divisa sororibus restituturum; nulla tamen earum mentione in testamento facta; quia si fideicommisso vocatae

fuissent, a bonis iospiciendis, exigenda cautione, aliisque molestiis mercudis arceri non potuissent. D. Schotanus ita rem administravit, accepta cautione indemnitatis ab uxore, quam vidi scriptam 13. *Aprilis* 1649. Fuit hec pristini fideicommissum instituti; A quo non abludit Testamentum Johannis Calvini Theologi, a Beza in *ejus vita* relatum, quo fratrem *Antonium* scripsit haeredem honorarium, ut loquitur, id est, fiduciarium, rogatque eum, ut accepto poculo argenteo, quod demonstrat, reliquam hereditatem aliis restituat. Hoc modo fideicommissa veteri methodo relinqui non est insolens. Denique Clausula Cod. tale fideicommiss. contineri, dictum est *ad fin. I. de Cod*

3 Sed maxime frequentata sunt fideicommissa, postquam alius eorum usus, quam qui initio fuerat, invaluit, nempe ut instar substitutionis fungerentur; nam cum olim haeredum gradus fieri non possent, nisi qui vel aditione, vel pubertate evanescerent, fideicommissorum specie coeperunt testatores rogare suos haeredes, ut haereditatem post aliquid tempus, vel conditione existente, aut frequentissime post mortem suam, seu pore, sive, *si sine liberis decederent*, aliis restituerent, idque per plures gradus sine fine modoque. Jam cum naturae hominum sit insitus amor potentiae, etiam post mortem, si potis, exercendae, factum est, hac facultate oblata praescribendi legem serae posteritati, ut nullus fere testator ita sibi displicuerit, qui se dignum putaret, cui abnepotes mortuo obedirent, quasi immortalitatem adepturi. Sane originalis ille fideicommissorum usus non fuit diuturnus; qui enim ut legibus illuderetur a testatoribus, diu ferrent Caesares? Ne ipsum quidem Augustum aequo tulisse animo arbitror, ut quas poenas Juliis sanotionibus in orbos et caelibes aliosque statuerat, his privati secretis commissionibus enervarent. Hodie utique satis constat, non licere per fideicommissa quidquam relinquere personis, quas leges inhabiles et intestabiles esse volunt, sive aperte in testamento scribatur fideicommissum, seu tacita rogatione fidea haeredis scripti devieciatur, nam quod palam rogatur, id pro non scripto habetur, quod clam, id in fiscum redigitur, ut dix *ad tit. de his, quae pro non script.* Nihilo tamen rariora, sed toto jure frequentissima fideicommissa supersunt, illo scilicet usu spurio et quasi fortuito reperto. Nec scio, an satis Reipublicae consultum sit, ubi hoc iostitutum vetustate corroboratum est. Testandi infinita potestas XII. tabulis stabilita, multis sapientibus populis displicuit, et prae se fert aliquam speciem insolentiae, quod mortuus homo regnat: Quid jam videtur, ubi post tot secula, post tot successorum revolutiones, adhuc imperat; jubet, vetat? Decemviris et veteribus Romanis, ne per somnium quidem venit in mentem, ut dispositio tolerarotur, qua homini in meo potestate non constituto praescriberem, cui ille moriturus bona relinqueret, imo quid de suis rebus per omnem aeternitatem fieri cuperet: nam huc devenimus, ut fideicommissa aeterna cujuslibet aegrae mentis αὐθάδεια fundare queat. Fideicommissa prima nihil quam legum elusiones fuerunt; Illa exorbitatio peperit aliam multo quidem magis enormem, magisque e veteri jurisprudentia abhorrentem; qua magna quidem, sed forte parum utilis accessio jurisprudentiae facta est, quae non magis molem legum, quam litium, in immensum auxit. Neque enim ulla seges feracior in foro, quam haec fideicommissorum, horrea judicum et patronorum implet. Quippe ex vetustis ac aeternis causis, veteres imo aeternas oriri trices contentionesque necessum est. Idque rerum usus omni die probat, ex antiquis fideicommissis, cum bona ante memoriam hominum aliis iosessa repetuntur, difficultates oriri inexplicabiles, litesque suis causis pares. Sed haec haetenus: utemur nihilominus jure scripto libenter et diligenter.

4. (a) Historiam Senatus Consultorum Trebelliani et Pegasiani, satis prolixe *ad Inst.* habuimus, abolitionemque alterius, et sententiam utriusque confusam in Trebellianum, exploso Pegasiano, quod attinet ad haereditates fideicommissarias: Nam cur dicendum sit, de Pegasiano nihil amplius omnino superesse, ratio nulla videtur; quatenus certum est, Pegasiano senatusconsulto cautum quoque fuisse, ut ex singulis rebus per fideicommissum relictis Quartae retentio permitteretur. § 5. *vers. ex singulis. Inst. fideicommiss. Haered. l. 2. §. 6. C. de vet. jur. enuel.* Ex quibus, cum nulla alia Lege Quartae ratio stabilita sit, eaque nihilominus supersit, hunc articulum Pegasiani adhuc superesse, dictu necessarium est. Falcidia quidem Lege de fideicommissis nihil comprehensum fuit; Namque cum Falcidia rogabatur, Fideicommissa vim juris necdum obtinuerant. Lata enim est Lex illa *Calvino et Pollione* Consulibus, anno *U. C.* 714. teste Dione *lib.* 48. anno post primum Augusti consulatum quarto: At fideicommissa Lege nulla constituta, verum exemplo Augusti uno alteroque, postquam diutius imperaverat, recepta, paulatimque in jurisdictionem perpetuam conversa fuerant. *pr.* 1. *de Fideicommis. Haered.* Vulgo quidem de fideicommissis Quartam detrahi Falcidia volunt et probant ex *l.* 1. *h. t.* ubi sic ait Ulpianus, *Explicatum esse tractatum, qui ad fideicommissa singularum rerum pertinet; Transeamus nunc ad*

(a) *Pos.* 1, 2. 3. 4. *et* 5.

interpretationem SCti Trebelliani. Atqui lo priore libro de Lege Faloidia foit aetum. Unde colligeodum sit, hano ad singularia fideleommissa portinere. Respousio est, Ulpianum quidem ie treotatu de Fideinommlssis, undo excerpta est *lex* 1. *h. t.* egisse de Fidelcommissis partioularibns, sed de Lege Falcidia pariter egisse non apparet: Nec ea in compilatione Paodeetarum oxigenda est aecuratio, ut versloull connectentes eandem per omoia relationem in Pandectis babeant, quam habuerunt in commentariis JCtorum, e quibus sunt desumpti. Actum est de legatis ot fideicommissis, pariter in praeeedentibus a Justiniano libris; Sed Falcidiae applieatio Legatis dumtaxat eonveoit. Noo est quod negamus, Faleidiam a JCtis ad fideioommissa particularia quandoque fuisse prodnetam, antequam a Pegaso de fideioommissis rélatum esset: Hoc eeim de ipsis haereditatibus fidoieommissariis factum videmus in diversis legibus, ut ex universali Fideicommisso detraotio Legis Feloidiee praedicetur. §. 3. *Inst. Quib. mod. Testam. infirm.* verb. *ut contentus rebus. l.* 11. *de Legat,* 1. *l.* 30. §. 7. *D. ad L. Falcid.* Imo Trebellianione Quartae, ita ut hie tituius bodie usurpatur, oulla nsquam in Jure, ne quidem in Codice, fit mentio. Ex quibus tamen minime recte inferas, Quartam de fideicommissis uoiversalibus esse ex lege Faloidia, quae est ex Pegasiano, et post treosfusionem ex Trebellieno SCtis. Proiode eum Quarta fideieommissorum singularium aeque sit ex Pegasiano: quod ante hujus existeotiam lex Falcidia utiliter a JCtis illuo extensa sit, ex en noo magis sequitur, Quartam illam esse ex Lege Faleidia, quam valet eadem eonsequontia io fideieommissariis haoreditetihus. Deoique, adaequatio legatorum et fidoieommissorum, si quis illam urgeat, pertinet ad effaetus dumtaxat, oon ad rei ipsius differentias, neo ed historias Legum oonstitutarum.

5. Quanquam autem de Fideieommissis plena mann sit aetum ad *Instit.* amplitudo tamen et utilitas materiae facit, ut eam ordine justo receosendam putemus; dicta *remissive*, indieta paulo diligentius inculeaodn. Fidoioommissa varie relinquuntur, testamento, vel ab inteatato. Pure vel sub conditiooe Expresae vel taelte. Personis certis, aut io plures gradus, vel in perpetuum; Quando Fideicommissum testamento relinquitur, Testator seribit eut nuncupat primo haeredem suum, eumque rogat, aut mandat, vel ejus fidei committit, ut bona restituat certae personae uni vel pluribus, aut incertis, de quibus ex eventu sit ooostitutum, veluti, *his qui ab intestato mihi proximi reperientur,* quo oihil frequentius. Sine Testamento Fideicommissum relinquitur, quaodo aliquis saous aut aeger, baeredem ab ioteateto proximum rogat, ut bona restituet, sicut modo dictum est. Idque si fiat in praesentia haeredis sui, minoris sive majoris, verbis ad ipsum direotis eoram duobus aut tribus testibus, vel etiam sioe teste, si modo noo ausit negare juratus aut injuratus, se esse rogatum. valet, qua de re actum *ad tit. Inst. de sing. rebus per fideic. in fin.* Sand. 4. 5. 18.

6. Seounda divisio Fideioommissorum universalium, in pura et cond tionalia, vix est ut froquentom usum habeat: quis plerumque sub cooditione relinqountur. Conditiones adjici possunt variee, pro Testatoris arbitrio: sed omnium frequentissima est, *si moriatur sine liberis.* Quae conditio deficit, et consequenter substitutio fideicommissaria evanesoit si haeres fiduciarius sive gravatus sub illa oonditione, liberos habens decesserit. Tunc enim qui seeundo, tertio, quarto loco substituti sunt, etsi suooessores primo sine liberis sint mortui, non admittuntur. *l.* 6. §. *penult. C. ad SC. Treboll. l.* 71. §. 3. *vers. Ante nuptias. l.* 40. *et l.* 44. *de C. et D.* Quae dootrina cum io thesi sio satis indubitata videtur, in hypothesi tamen saepe non parvae ineertitudini obnoxia reperitur, ut videre lieet apud Sandium *lib.* 4. *tit.* 5. *def.* 9. Sub liberis alios non contineri quam ex justis ouptiis oatos, alibi dictum est, non utiquo adoptivos *l.* 76. *de C. et D.* neque naturalos *l.* 6. *C. de Inst. et subst.* uisi ex conditione, dignitate, voluntate ejus, qui fideicommisit, aliud statuendum sit *l. ex facto* 17. §. 4. *ad SC. Trebell.* Fsehiose. *lib.* 4. *contr. C.* 60. *et* 61.

7. Quaesitum est, eum haeo eenditio duobus haeredibus uno verborum complexn adjecta esset, soilicet, ut haereditatem restitueroot, *si sine liberis morerentur*, uno ex iis sine liberis, altero eum liberis mortuo, utrum eonditio defeeisset, ao pro parte unius extitisset. Species faeti haec eret: Paterfamilias testameoto suo, quod conditum erat. 13. *decembr.* 1616. bona sua materna reliquerat *Epaeo et Focaeae e Glinstra*, sub ooore fideioommissi, ut, si duo praedicti frater et soror sine liberis morerentur, bona devolverentur ad reliquos ipsorum fratres et sorores. Accidit, ut Epaeus liberis susoeptis, Focaea sine liberis mororetur, haerede relicto marito *Tiberio Thomao* Juriseonsulto. Qui bona quoque fideioommissaria ad se pertinere oonteodebat, eo quod eooditio, *si frater et soror sine liberis morerentur*, defoeisset, existentibus liberis, seilieet fratris. Ab altera parte, conditiooem divisim respeotu singulorum haeredum esse spectandum, disputabatur, Proinde quisquis eorum sine liberis decessisset, in eo coeditiooem fideicommissi esse explotam. Quod merito its Curiee nostrae visum: Conditiones enim pluribus impositae, si respeetu singulorum impleri possiot, seorsim oonsiderantur, secus si oon uisi in omoibus existere possint *l.* 112. *in pr.* §. 1. *et* 2. *de C. et D.* Quin ita

in terminis decisum, in *l.* 57. §. 1. *ad SC. Trebell.* ubi; *Si uterque sine liberis diem suum obierit, omnem haereditatem ad neptem meam Claudiam pervenire volo.* Defuncto altero, superstite filio, novissimo autem sine liberis, neptis quidem, ait Papinianus. prima facie propter conditionis verba non admitti videbatur; Sed cum in fideicommissis voluntatem spectari conveniat, absurdum esse respondi partis nepti petitionem denegari quam totam habere voluit avus, si in utroque conditio impleta fuisset. Ita quoque in ista facti specie judicatum *d.* 20. *Decembr.* 1644.

8. Favor voluntatis in fideicommissis effecit, ut si liberi fideicommisso universali gravati sint, haec conditio, *si sine liberis*, etsi non expressa, tacito intelligatur. Nimirum, si pater filium filiamve rogaverit, ut post mortem Tertio restituat haereditatem, filioque dein proles sit nata, mortuo filio, prole superstite, non fiet restitutio, sed bona penes liberos defuncti, qui sunt nepotes Testatoris, remanebunt, ne videatur Testator alienas successiones propriis anteponere, *l.* 30. *C. de fideicomm. L. cum avus* 102. *de C. et D.* quemadmodum occupavimus *ad Inst. n.* 13. Verum ibi sic adjecimus; Quae conjectura pietatis deficit, si Filius haeres scriptus tempore facti testamenti, quo fideicommissum est conditum, liberos habuerit, eosque natos esse non ignoraverit Avus testator. Ei limitationi hic addam; Probationem ejus esse ex *d. l.* 6. *ỿ. cum autem C. de Inst. et subst.* in verbis: *intelligendum non esse verisimile, Patrem, si de nepotibus cogitaverit, talem fecisse substitutionem.* Atqui de nepotibus jam natis, et quos sciebat esse natos, non potuit non cogitare; quos tamen cum praeterierit, nulla est ratio, cur ab expressa Testatoris voluntate sit recedendum. Quae ratio locum etiam invenit in militis testamento, quod, si liberi sunt praeteriti, valet, modo Testator sciverit se habere liberos; non valet, si ignoraverit; quia creditur illos non fuisse praeteriturus, si scivisset eos existere: Quando autem scivit, voluntas ejus exitum habere debet. §. *sed si* 6. *Inst. de Exhaered. lib. l.* 9. *et sequ. C. de Testam. mil. l.* 7. *D. eod* Eadem distinctio servatur in donatione, quae revocatur ob liberos supervenientes, *l.* 8. *C. de revoc. donat.* ex eadem ratione, quae redditur *in d. l.* 30. quia donator non praesumitur alienas successiones praeferre voluisse propriis; Sed haec praesumptio non nisi in supervenientibus, id est, postea natis liberis obtinet, non habet locum in liberis donationis tempore, non ignaro debitore natis. Contrariam tamen sententiam acriter defendit Menochius, in *lib.* 4. *tom.* 4. *praesumpt.* 89. *n.* 77. et ex eo Fachinaeus 4. *contr. c.* 59. Multi putant, hanc conjecturam quoque cessare in hac specie; Testator filium instituit, eique sine filiis decedenti agnatum substituit. Filius decessit, superstite filia, nepte Testatoris. Quasi Testator, in hac specie conservationem bonorum in nomine familiae et agnationem considerasset, quod in persona neptis non habeat locum; sed verius est, sub voce filiorum heic quoque filias contineri. *l.* 1. *et* 201. *de V. S.* Consilium autem de non alienandis bonis extra nomen familiae, praegnantioribus verbis aget, quam ut aequitas urgentissima *d. l.* 102. *et l.* 30. subvertatur, ut recte probat idem Fachinaeus *d. lib.* 4. *c.* 57.

9. Ad hanc conditionem, *Si sine liberis*, pertinet haec species facti ad usum rei intelligendum faciens. Testatrix habens aliquot liberos superstites, et ex aliis defunctis nepotes, scribit haeredes liberos suos atque nepotes, his additis verbis, *Si quis ex suis liberis aut nepotibus, sine liberis moreretur, ut eorum portio ad caeteros perveniret, omnibusque mortuis, ad eos, qui sibi ab intestato proximi forent.* Post mortem Testatricis unus ex liberis primi gradus, Filia, decedit, superstite filio; qui deinde *sine liberis* est mortuus, haerede relicto. Matertera petit haereditatem maternam vi fideicommissi Aviae, quae reliquos liberos vocaverat, in casum, si quis liberorum vel nepotum *sine liberis* moreretur. Nunc unus e nepotibus sine liberis est mortuus, Ego ex liberis Testatricis superstes sum: Ergo ad me bona pertinent, ex fideicommisso. Contra haec pater nepotis, qui sine liberis erat mortuus, ita procedebat, Testatrix instituit liberos et nepotes, qui tunc erant, cum testaretur; nepotes ex liberis tum superstitibus ac institutis nascituros, non fecit haeredes. Singulos Haeredes scriptos oneravit fideicommisso; qui non sunt haeredes scripti, ad hos nec fideicommissi onus pertinet. Meus Filius modo defunctus, fuit nepos ex filia haerede scripta, non fuit nepos haeres institutus. Ipso igitur nullo fideicommisso gravatus est: Ideoque nihil obstat, quominus ego sim haeres ab intestato. Res illa pendebat, utrum nepos ille defunctus, esset vocatus e testamento aviae, ut institutus ab illa dici posset; quia nominem fideicommisso gravatum, quam qui recto jure vocatus est, intelligi constat. §. 2. *Inst. de fideic. haered.* In prima enunciatione, qua dicti erant haeredes, non erant comprehensi, sed tantum nepotes tunc e liberis praemortuis extantes. Ex verbis sequentibus, refert *Nauta* noster, quosdam ex Dominis putasse nepotes etiam postea natos vocari; primo ex his, *si quis e meis liberis aut nepotibus*; Sed manifestum erat, haec verba esse relativa ad priora, quibus erant instituti nepotes, qui tunc erant e liberis praemortuis, non qui e liberis superstitibus

aliquando nascerentur. Quidam putabant in ejusmodi specie dubia, nepotes nascituros debere vocatos censeri implicite per conditionem, Si liberi *sine liberis* moriantur: his enim verbis indicabat Testatrix, se velle, ut ad liberos liberorum sive nepotes nascituros bona pervenirent, quibus ideirco fideicommissum in favorem reliquorum liberorum esset applicandum: Accedente praesertim favore praeferendi successiones proprias extraneis, quod fuisse Testatricis consilium, satis apparebat. A Curia tamen nepos fideicommisso vacuus est habitus, et matertera exclusa; rationibus expositis; non obstantibus ultimis argumentis. Primum enim removetur notissima Regula, positos in conditione, non censeri positos in dispositione, quam vidimus *ad tit. de Condit. inst. n.* 7. (b) Alterum argumentum de extensione facienda in favorem fideicommissarum ex praesumpta voluntate defuncti, infirmatur hac regula; quod fideicommissa secundum strictissimas juris regulas sint accipienda, in quibus de re ad rem, de casu ad casum, de persona ad personam non fiat extensio, idque ad hujus quaestionis terminos applicatur in *l.* 10. *de liber. et post. haer.* Sand, *lib.* 4. *tit.* 5. *def.* 10. *sub. fin.* Res illa judicata *est d.* 15. *Jul.* 1637. et confirmata judicio Revisionis, *inter Jelke Oenes, contra Johannem Melchioris Scabinum Civitatis Leovardiensis.*

10. Hactenus de conditionibus tacitis. Quin etiam fideicommissa, quibus simpliciter post mortem primi haeredis secundus ad bona primi relicta vocatur, etsi pure exprimantur, habent tamen hanc conditionem, *si secundus primo supervivat*; Nam si hic ante primum moriatur, deficit fideicommissum, quasi deficiente conditione, *l.* 4. *in pr. D. Quand. dies legat. ced.* nec interest in iis quidem verbis, utrum primus moriatur ante, vel post Testatorem, quoniam haec verba tam vulgari quam fideicommissariae substitutioni conveniunt, de quo discrimine diligenter actum est *ad tit. de vulg. et pup. sub. n.* 11.

11. Quod attinet ad ipsa fideicommissa tacite relicta, quae maxime per alienationem probibitam committuntur, de his paulo *inferius* agetur commodius, et de perpetuis fideicommissis *ad Inst. tit. de fideic. haered. n.* 14. 15. *et* 16. actum est copiose; Quae ad tempus fiunt, bifariam intelliguntur, ut vel certis gradibus haeredum gravatorum, vel certe annorum numero in iisdem personis limitentur, quomodo frequenter accidit ad annum vicesimum quintum aetatis. De tali fideicommisso sic usus venit quaeri. Testator haeredem simpliciter fideicommisso devinxerat; dein codicillo permiserat, ut natus annos septem et viginti de bonis *disponere* posset. Haeres egressus illam aetatem, res haereditarias alienaverat. Fideicommissarii in testamento vocati, bona persequebantur, ut qui fideicommissum non abolitum, sed limitatum esse contenderent, data facultate *disponendi* post illud tempus per ultimam voluntatem, ut hoc vocabulum disponendi vulgo usurpatur. Si quamlibet alienationem permittere voluisset Testator, fideicommissum fuisse, revocaturum. Derogationem voluntatis jure stabilitae, stricte accipiendam. Sed eo non obstante, Curia nostra vocabulo *disponendi* plenum effectum censuit adscribendum, qualem proprietas vocabuli fert; cui accedebat, quod antea dictum, placere fideicommissa strictiori interpretatione haberi. Sic judicatum in causa *Friderici Ruysch contra Petrum Reineri d.* 5. *April.* 1636. apud *Nautam Ms.*

12. (c) Porro die fideicommissi cedente, qua de re *ad tit. sequ.* hoc est, quando Testator fideicommissum praestari voluit, Fiduciarius haereditatem restituere cogitur, *l.* 4. 5. 7. 9. §. 1. *l.* 13. §. 3. *et* 4. *et l.* 14. §. 1 *k t.* vel si mortuus sit, ejus haeres. *l.* 44. *pr. eod.* Quod si fiduciarius haereditatem non coactus repudiaverit, proximi a Testatore vocantur ab intestato, cum onere fideicommissi in favorem eorumdem, qui prius vocati sunt. *l.* 2. §. *ult. de suis et legit. haered.* Si vero nec repudiaverit, nec ad adeundum remediis praeteriis compelli potuerit, verum celaverit se, aut mortuus sit absque haerede et restitutione, jus haereditarium actionesque sponte transeunt in fideicommissarium; idemque respectu fideicommissarii, qui rursus alii restituere debet. *l. pen.* §. 1. *C. ad SC. Trebellian.* E contrario, si fideicommissarius tempore diei cedentis non extet, aut repudiet, haereditas manet penes fiduciarium aut ejus haeredem, nisi alter substitutum habeat: si vero post diem cedentem moriatur fideicommissarius, transmittit fideicommissum ad haeredem suum. *l.* 25. *in pr. l.* 46. *eod. tit.* (1) Caeterum, quando fiduciarius se cogi sustinet, nihil praeter nudum juris ministerium praestat, neque lucrum percipit, neque de damno tenetur. *l.* 4. *eod. tit.* Sed coactio minus hodie frequens est, postquam mos rogandi haeredes, ut confestim restituant, obsolevit: nunc quia domini sunt; dum vivunt et bonis fruuntur, raro coguntur. Hae summae sunt, excerptae ex his, quae *ad tit. Inst. n.* 9. 10. 11. latius exposita sunt.

(b) *Pos.* 23. (c) *Pos.* 7. 8. *et* 9.

(1) *Itaque fideicommissum universale etiam non agnitum transmittet fideicommissarius ad haeredem suum: ut recte probat et ab objectionibus vindicat Josephus Averanius* interpret. jur. lib. 6. cap. 7. et 8.

13. (d) Quaestionis est, an etiam praelegata necessitate restitutionis comprehendantur. Et probe est distinctio, utrum de haereditaria portione restituenda sit rogatus, an quidquid ad haeredem a testatore perveniret. Si prius, tum praelegata sunt libera; si posterius, haec etiam restituenda sunt, quia verum est quod a Testatore pervenerint. *l.* 3. §. 4. *h. l.* 16. *C. de Fideic. l.* 96. *de Leg.* 3. *l.* 86. *ad L. Falc.* Gail. 3. *obs.* 132. Sand. *lib.* 4. *tit.* 5. *def.* 12. ubi plures citati Auctores. Verum ab ea parte distinctionis, quae meminit haereditariae patris, excipitur ea pars, quam haeres habet a se ipso, hoc est, quam jure haereditario habuisset, si res praelegata non fuisset: ut hanc etiam restituere cogatur. *l.* 18. §. *ult. h. t.* et Sandius *ibidem*. Eadem distinctio locum habet circa portionem haeredi gravato a cohaerede per fideicommissum ejusdem Testatoris advolutam. Exempli gratia, Paterfamilias Patronus causarum, bonis et opimis temporibus centum millia circiter, Imperialium, in tritura forensi lucratus, haeredes instituit duos e sorore nepotes, fideicommisso gravatos, ut si quis eorum sine liberis moreretur, bona, quae a se pervenissent, ad alterum superstitem, atque ad neptim, quam praeterierat, devolverentur. Mortuo sine liberis haeredum altero, pars ejus ad fratrem atque ad sororem pertinebat: Quaerebatur, an ea pars, quae fratri adquisita erat, sub fideicommisso, quod ipsi erat impositum, contineretur, an vero libera esset, neque ac pars sororis, quae primo loco non instituta, nullo fideicommisso gravari potuerat. Respondi, quia dictum erat in testamento, ut quidquid a testatore ad haeredem pervenisset restitueretur, si absque liberis e vita excederet, sub hoc fideicommisso etiam bona, quae per substitutionem ejusdem testatoris ad eum pervenerant, contineri.

14. An eadem distinctione utemur in Quaestione, quam occupavimus *ad tit. de Adquir. Haered. n.* 7.? Rogatus est Titius partem suam haereditariam restituere; Si interim pars cohaeredis deficientis ei accrescat, hanc eum restituere non cogi, jam probavimus in loco *praedicto*, et respondimus ad *l.* 43. *h. t. l.* 33. §. 1. *de Usufr.* et *l.* 83. *de Adquir. haered.* ei consonam, quibus utitur in contrarium D. Wissenbach. *ad h. t. th.* 18. *in fin.* An secus erit, si rogatus sit Titius restituere quod ad eum pervenit a defuncto? Sic videbatur: Nam portio, quae accrevit ei a cohaerede deficiente, sine dubio pervenit a defuncto. Ego tamen subsisto. Nam illa pars deficientis, vel fuit gravata simili fideicommisso, vel fuit libera. Si gravata fideicommisso, tum vel defecit vivo testatore, vel post ejus mortem et repudiationem. Hoc casu jus Accrescendi cessat opinor, quia fideicommissarius potest haeredem gravatum cogere, ut adeat atque restituat, vel haereditas pro adita habetur, *per ea, quae modo dicta sunt.* Quod si vivo Testatore defecerit haeres gravatus, jam fideicommissarius ad eam partem vocatus nihil juris habet, per ea, quae diximus *ad tit. de Vulg. et pup. sub. n.* 11. et 12. Scilicet fideicommissarii jus interire, si primus haeres non fuerit superstes defuncto, ita ut restitutio ne quidem fieri potuerit. Quare pars illa tum libera accrescit Titio gravato, de quo agimus. Et si jam alius sit fideicommissarius, cui illa portio destinata erat, et quae casu libera facta est, nulla ratio Titium coget, ut partem, quae accrevit, restituat ei, cui Testator eam noluit restitutam. Jam si plene libera pars inde ab initio fuerit, quae deficiens accrevit, patem similiter negandum, haeredi fideicommissario quidquam inde deberi, quod testator nullo fideicommisso affecit. Tu dices, hoc tamen pervenit e testatore ad haeredem, et ille rogatus est quod pervenit restituere. Sed respondeo, Tò pervenit ad id, quod expressa voluntate defuncti, aut per consequentiam ejusdem fideicommissi ad haeredem pervenit, referendum, non ad ea, de quibus Testator forte nec cogitavit, et quae fideicommisso non subjecit. Hanc rationem secuti sumus in hujusmodi facti specie, cujus admodum frequens usus est. Testator instituit haeredes quatuor, et eorum unum fideicommisso obstrinxerat, si sine liberis, in gratiam reliquorum superstitum, *hac formula*, de goederen hem van my aengekomen, *bona quae ad illum a me pervenerint.* Moritur unus ex tribus reliquis ante Testatorem, ideoque caeteris ejus portio, quos inter erat ille pro sua parte bonorum fideicommisso gravatus. Quo dein sine liberis defuncto, haerede uxore, ab hac repetebatur juxta partem, quae mariti peculiaris fuerat, id etiam, quod ei defectu cohaeredis accreverat; Consultus respondi; illam partem, quae defecerat, a fideicommisso alienam fuisse, neque Testatorem ejus maritum magis onerasse illorum respectu, quam caeteros. Verba *van my aengekomen*, referenda ad ea bona, de quibus Testator locutus et quae fideicommisso adfecerat, non ad ea, de quibus non cogitaverat fideicommittendis ac onerandis. Accidit *d.* 15. *Apr.* 1685. Est adeo insignis haec limitatio.

15. Necessitatem restitutionis ad fructus non pertinere diximus jam *ad Institut. h. t. n.* 6. nisi Testator de fructibus etiam rogaverit, ut similiter istic monuimus. Sed hic articulus paulo plenius exponi meretur. Rogetur vel expresse

(d) *Pos.* 10.

fit, vel tacite. Fit tacite, veluti, quando haereditatem cum incremento restituere jussus est, *l.* 63. §. 4. *h.* vel si dixerit testator, *quantacunque pecunia ex haereditate de bonis meis ad eum pervenerit*, omnem restitui volo. *l.* 32. *h. t.* Papinianus in simili *formula diversum sentire videtur*, *in l.* 57. *pr. h. t.* *Haeredes mei, quidquid ad eos ex haereditate bonisve meis pervenerit, id omne post mortem suam restituant patriae meae Coloniae Beneventanorum; nihil de fructibus, pendente conditione perceptis, petitum videri constitit.* Quidam differentiae rationem petunt a natura cautionis, quam Ballista testator in *d. l.* 32. ab haeredibus suis vult praestari, quae facilius fructuum incrementum recipiat, Nisi dixeris, illam cautionem solummodo in securitatem fideicommissi praestandam, eique subordinari, proinde obligationi haeredis nihil superaddere. Forte ac oratio Ballistae amplior et efficacior ad rem est, quam in specie Papiniani; *Quantacunque pecunia*, nihil non sub his verbis comprehendi posse videtur, *ex haereditate de bonis*; sane fructus non esse haereditatis, sed ipsis rebus acceptos ferri, affirmat Ulpianus in *l.* 18. §. 2. *h.* quod ideo videtur intendisse Ballista, verbis, *de bonis*: sed in *d. l.* 57. de *haereditate bonisve*, παραλλήλως ut synonyma ponuntur; etenim ejusmodi formula fructus nullo modo comprehendi, discimus etiam ex *l.* 83. *in pr. de leg.* 3. Eodem modo conciliandа lex 3. §. 2. *de Usuris*, cum *l.* 58. §. 7. *h. t.* In *l.* 3. Papinianus docet, eum, *qui rogatus est, post mortem suam quidquid ex bonis superérit Titio restituere*, videri etiam, ut fructus restituat, esse rogatum. Rursus idem in *l.* 58. respondit, eum, *qui rogatus sit restituere quidquid ex haereditate superfuisset, fructus superfluos restituere non videri rogatum.* Papinianum utique sibimet ipsi non esse contrarium, credimus; atqui nec quidquam apparet diversi in his responsis, quam diversa haereditatis bonorum significatio. Confer quod *ad Inst. d. num.* 6. ἰσχολιαζε Thomasius, et nos respondimus.

16. In restitutione facienda, fiduciarius haeres detrahit Quartam, de qua similiter actum non agemus, post ea, quae *ad Inst. h. t. n.* 3. 6. *et seqq.* dicta sunt. Sed an haeres haeredis gravati Quartae jus habet deducendae? Hanc Quaestionem, ait D. Wissenbach. *ad h. tit.* 12. *in Suprema Curia anno praeterito disceptatam memini, an autem supremo calculo jam finem acceperit, ignaro.* Puto autem posse, addit; *arg. l.* 10. *C. ad L. Falc.* juncto §. 5. *Instit. de Fideicomm. haered. l.* 65. *de V. S. etc.* In iis quidem terminis, de quibus agit *Lex.* 10. *C. ad L. Falcid.* et reliqui textus a Wissenbachio citati, non credo unquam hac de re apud Supremam Curiam fuisse dubitatum; Scilicet quando Testator haeredem suum rogavit, ut si sine liberis diem suum fungeretur, portionem haereditatis aliis restitueret. Nam eo casu emolumentum, quod beneficio legis *Falc.* habere potuit haeres, arg. *d. l.* 10. (scil. tum temporis, quod *in pr. h. tit.* monuimus, Legem Falcidiam fideicommissis applicabant, ut adeo directe, non per *argum.* ut D. Wissenb. *lex* 10. probet hanc thesim) hoc inquam, emolumentum Quartae ad haeredem haeredis pertinere, *manifestum est*, ait Imperator. Cum autem fideicommissa nostris temporibus omnia fere diem post obitum primi haeredis cedant, nihil est apertius, quam detractionem Quartae non nisi ab haeredis haerede ut fiat, habere facultatem; nec aliter omni die videmus institui. Quaestio fuit haud dubie de fideicommisso puro, quod ab haerede vivo erat praestandum, ut rarius hodie, sed fit tamen aliquando; si tunc haeres gravatus omnia restituerit, an haeres ejus omissam detractionem facere possit, merito dubitetur. Dicendum, si primus haeres sciens, animoque remittendi Quartam, omnia restituerit, vel per juris errorem, non ignorans vires haereditarias, omiserit detractionem, haeredem ejus nihil detrahere posse, contra, si primus errore facti, cum dodrantem sibi salvum putaret, omiserit Trebellianicam, haeredi secundo quominus eam detrahat, nihil obstare potest, secundum ea, quae de Falcidia *suo loco* dicta sunt.

17. Porro imputatur in Quartam, quidquid haeres ex judicio defuncti percepit, *l.* 22. §. 2. *h. t.* sive legati, seu fideicommissi, sive conditionis implendae gratia, contra quam in lege Falcidia, cujus Quartae talia non imputantur, *l.* 91. *ad L. Falc.* forsitan, quia Falcidius in sua rogatione Quartam haereditatis, discrete apud haeredem manere voluerat, JCtis autem, cum Falcidiae sententiam ad fideicommissa producerent, satis visum, si tantum haeredibus adsererent, quantum ad Quartam quovis modo explendam confici posset, neque titulum haereditatis nulla lege subnixi urgere poterant: quae observatio semel introducta, etiam ubi satis firmata erat Pegasiano, videtur continuata, cui addendum, quod et alioqui liberalius cum haerede ratione legatariorum, quam cum fiduciario respectu fideicommissarii, soleat agi. Haeredi enim testator prolixius consultum videtur voluisse, quod ex disparitate honoris, quo utrosque affecit, satis colligitur: fideicommissario contra, favit prae fiduciario, quia hunc tantum ut instrumentum transferendae in alterum haereditatis adhibere voluit; Caeterum, quod fiduciarius implendae conditionis causa accipit a cohaeredibus, ut fideicommissario, id videlicet imputat, non quod

a legatariis, *d. l.* 91. et sic facile interpretabimur *l.* 30. §. 7. *eod. tit. ad L. Falcid.* de qua solicitus est D. Wissenb. *ad hunc tit. th. II.* (1)

18. An quarta Trebelliana prohiberi possit, ancipitem quaestionem vocat Sandius *lib.* 4. *tit.* 5. sed communior sententia, quae est affirmativa, tam generaliter est recepta, ut de ea in Foro amplius non disceptetur; ut scribit Stockmannus in *decis.* 40. Nec jure novissimo dubitandum esse, probat luculenter Anton. Merenda *lib.* 4. *contr. C* 14. sed non aeque praevaluit in Foro sententia, licet etiam communior teste Sandio *d. tit. def.* 9. quod tacita prohibitio sufficit. Rectius a Curia Suprema definitum, non sufficere ad prohibendam Quartae detractionem, hujusmodi clausulam: *Quod non obtemperans Testamento privari debeat relicto.* Quae sententia de Falcidia quidem agit, sed ab hac ad Trebellianicam plerumque recte argumentamur, et hic manifesto est eadem ratio, cum illa clausula sit generalis, et sine speciali Testatorum intentione saepius a Tabellionibus adjiciatur. Quid si Testator fideicommisso posito, prohibuerit omnem alienationem *et diminutionem rerum fideicommisso subditarum.* Ne id quidem sufficere, sed probationem Trebellianicae claro nunciandam, tradit Stockmannus *Decis. Brabant.* 40. *in fin.* Quod est concedendum, si verba eo modo concepta sint, ut alienatio et diminutio ad Tertium se referant. Nam si Testator ipsi restitutioni faciendae immediate subjecerit, eam se velle *fieri sine ulla diminutione*, difficile dictu est, iis verbis prohibitionem Quartae non significari, vocemque Trebellianicae Quartae praecise adhibendam esse, quod non putem.

19. Erronea est opinio, quod liberi fideicommisso gravati, duas Quartas detrahere possunt, tam Legitimam quam Trebellianicam, ut omnes fatentur, et nos demonstravimus ad *Inst. h. t. n.* 7. sed tamen hic error jus fecit per omnem Europam, excepta, quod mirum, Brabantia, licet minime tam rigide servet jus Romanum quam alii plures populi, qui in hunc Pontificium errorem concesserunt, teste Stockmanno *Decis. Brab.* 41. Hunc autem errorem Pragmatici cumularunt alio errore magis enormi; quod parentes non prohibere quidem possint Trebellianicam supra et ultra Legitimam ex bonis capiendam, qui et in Curiam nostram invasit, etsi contra eum luculenter disputat Sandius *d. lib.* 7. *tit.* 7. *def.* 7. Postea tamen apud Neutam sic judicatum reperio. Parens fideicommisso liberis imposito subjecerat in fine testamenti, si quis eorum se ullo modo testamento opponeret, *eum nihil amplius habiturum, quam suam Legitimam.* His verbis Trebellianicae Quartae detractionem fuisse sublatam, ut Legitima sola contenti esse deberent, *pluralitate* suffragiorum, ait Neuta, placuit in causa *Jacobi Martini cum sociis, contra Kuirtje Thomas d.* 15. *Julii* 1637. etsi non deessent, ut idem refert, dissentientes. Forte respexerunt ad id, quod apud titulum de *Inoff. testam. n.* 16. *pag.* 263. *part. praeced.* expositum est, Parentes hoc modo instituere posse, ut liberos onerent fideicommisso sine deductione praestando, vel si hoc admittere nolint, scribant eos haeredes ex Legitima. Quo facto omni querela liberis subtracta, vel fideicommisso sine detractione Quartae, vel sola legitima debeant esse contenti. Hac alternativa admissa, sicut a JCtis nostri temporis admittitur, videmus apertam esse viam qua sententia de duabus Quartis necessario relinquendis, a Parentibus eludi possit. Hoc enim jus non est mutatum, quod Parentes liberis suis amplius quam Legitimam titulo institutionis relinquere non cogantur. *l.* 8. §. 8. *de Inoff. et l.* 30. *C. eod. Nov.* 115. *C.* 3. *in fin.* Quod simpliciter facere licet Parentibus, cur idem per optionem alternativam non liceat, ratio non apparet, ut latius *in d. loco* demonstratum est.

Hic casus igitur communis est Falcidiae et Trebellianae. An et reliqui casus, quibus Falcidia cessat, Trebellianae conveniunt? Videamus breviter; Respectu Testatoris est primo casus,

(1) *Verius est, nullam esse, quoad ea quae in utramque Quartam imputantur, differentiam, ita ut etiam in Quartam quae ex fideicommisso retinetur, dumtaxat imputentur ea quae haeres jure haereditario capit. Hoc ipsum probatur ex* l. 91. ad leg. Falcid. ✝. sed in fideicommissaria (*quae verba non oppositive, sed conjunctive sunt accipienda, ita ut particula sed denotet sed et*) *in quo* ✝. *docet J. C. legatum vel fideicommissum datum haeredi, in quartam ei imputari, pro ea parte scilicet quam a semetipso, id est jure haereditario habet, non pro ea parte quam a cohaerede accipit, eatenus enim* extra quartam id est. *Pergit Marcianus*: sed etsi accepta pecunia haereditatem restituere rogatus sit, id quod accipit in quartam ei imputatur. *Tunc scilicet, quando non figura conditionis pecuniam accipere, nec demonstrata tantie persona, sed de sua portione jussus est, in quartam ei imputatur quia ex bonis nummos illos retinere intelligitur.* l. 58. §. ad S. C. Trebell. *Addit Marcianus*: sed et quod implendae conditionis causa fideicommissum haeredi datur, in eadem causa esse admittendum, sciendum est. *Quibus verbis, docet, in quartam imputari* fideicommissum quod implendae conditionis causa haeredi datur, *id est quod non figura conditionis accipere jussus est ab eo cui haereditas debet restitui, quod etiam in quartam imputatur, quemadmodum si ea summa jussus esset haereditatem vendere.* l. 30. §. 7. ad leg. Falcid. si quid vero implendae conditionis causa haeres accipiat a legatariis, *id est si figura conditionis accipere jussus sit, id* in Falcidiae computationem non prodesse, *sciendum est. Consule Clarissimi viri Gulielmi Marani* tractatus duos ad l. 91. ad leg. Falcid.

quem *modo* dixi, prohibitionis. II. Si testator vivus haeredi Quartam, sive aequivalentem Quartae summam prorogaverit, haud dubie cessat etiam Trebelliana, per *l.* 56. §. *ult. ad L. Falcid.* Denique in militari Testamento non est dubium, quin Trebellius aeque taceat ac Falcidius, per *l.* 7. *C. ad L. Falcid.* Respectu Haeredis cessat Trebellianica pariendo ac Falcidia, I. Si haeres sciens dodrantem non esse salvum, totam haereditatem restituerit. *Nov.* 1. *c.* 2. II. Si egerit, ut fideicommissum intercideret. *l.* 59. *in pr. ad L. Falcid.* An etiam III. si haeres non fecerit inventarium? Negavimus cum Gailio 2. *obs.* 138. multisque aliis, *ad Inst. de haered. qual. n.* 5. nec pauciores dissentiunt, novissime Stockmannus *Decisione Brabantina* 42. qui sic judicatum se vidisse testatur in fideicommisso conditionali, cujus dies post obitum primi haeredis cedebat. Mihi in talibus id maxime incommodum videtur, nec ita in animum inducunt haeredes fiduciarii nostrates aliive, ut quibus haereditates alias opulentae sub onere fideicommissi relictae sunt, quo sibi de Quarta Trebellii prospiciant, opus esse putent inventarii beneficio, ut vix lites ea de re moveri contingat: Quod frequenter fieri oportet, si juris ita esse crederetur, ut omisso Inventarii remedio Trebelliani beneficium amitteretur. Sed quae ratio, *dices*, quod hac in re sola discrimen Falcidiae et Trebellianicae statuitur? Videtur esse praecipua, quod Legata haereditatem minuunt et exhauriunt; Fideicommissum universale haereditatem relinquit integram; praeter quod poenalis constitutio non recipit extensionem, per consequentiam et Lex Falcidia quae Legatorum dumtaxat, non meminit haereditatis fideicommissariae. *d. Nov.* 1. *C.* 1.

Modi, quibus respectu reali Falcidia cessat, an etiam Fideicommissariis haereditatibus applicentur, videamus. De piis causis, quod attinet ad Legata, sequimur communem sententiam, cessare in iis Falcidiam, ex constitutione Justiniani in *Nov.* 131. *c.* 12. qua derogatum videtur *l.* 1. §. 5. *ad L. Falc.* quae Falcidiam extendit ad Legata, quae Deo relinquuntur. Exceptionem discrepantium, quod tantum cesset ubi mora facta est, refellimus e verbis *d. Nov.* apud *Inst. ad L. Falcid. n.* 8. Ex usu, ni fallor, eadem refellitur. Probo enim, quicunque negat legata solvere, eum Falcidiam amittere; quia moram negando committit: Hoc sufficit, opinor, ad usum hujus sententiae, quae non nisi contra negantes valet. Sandius igitur, qui dissentit, referens eos, qui moram committunt in solvendis Legatis ad pias causas relictis, in solidum a Curia condemnari, satis adfirmat, omnes, qui solvere nolunt, condemnari. Quod quid est illud quam dicere, Falcidiae non esse locum? In eo tamen subsisto, cum jus novum stricte sit accipiendum, an quod de Legatis solummodo sanctum et aegre obtentum est *d. Nov.* 131. ad haereditates fideicommissarias sit extendendum; quod magis videtur, *ne fiat.* Reliqui duo casus cessantis Falcidiae, respectu rerum haereditati subtractarum, et alienari prohibitarum, de quibus in *d. tit. n.* 8. cum ad res singulares pertineant, in fideicommissariis haereditatibus ultro cessent.

DE FIDEICOMMISSO, QUOD INEST PROHIBITAE ALIENATIONI:

XX. Prohibitam alienationem inesse fideicommisso de qua remissive, et observatio, clausulam prohibitae alienationis subjectam fideicommisso, non facere novam ejus extensionem. XXI. Limitatio ejus sententiae per exemplum rei judicatae. XXII. Alia limitatio. XXIII. Prohibitam alienationem facere fideicommissum, nisi tantum sit nudum Praeceptum. XXIV. Quibus inde detur actio. Et casus quibus illa prohibitio cesset. XXV. Denturne fideicommissa conventionalia. XXVI. Usus poenae, fideicommissis adjici solitae, exemplo rei judicatae declaratur.

Ex eo quod bona fideicommisso subjecta, personis designatis restitui debent, intelligitur, ea non posse alienari, excepta Quarta et exceptis ejusmodi casibus, quos *infra* collocabimus; De ipsa alienatione prohibita, quatenus pendet a fideicommisso universali, diximus *ad Inst. h. tit. n.* 12. quae non repetimus. Sed quod omisimus, supplendum. (e) Est inter ea frequentis usus observatio, quod Testatores ordinantes fideicommissa in gratiam certorum propinquorum, saepe subjiciunt, *nolle sese, ut bona extra sanguinem alienentur.* Quando haec verba junguntur immediate fideicommisso eique applicantur, non inferunt novum fideicommissum, sed tantum pro sanctione praecedentis fideicommissi habentur, ut in hoc exemplo; *Post mortem Titiae omnes hi reditus, quos ei legavi, devolventur in ejus liberos ab uno in alium, et non ex meo sanguine sive gradu.* Haec ultima verba, *non ex meo sanguine*, obiter adjecta

(e) *Pos.* 24.

fideicommisso limitato, minime comparata sunt ad fideicommissum et prohibitam alienationem ulterius quam liberos Titiae extendendum, ut recte judicatum apud Sandium *lib. 4 tit. 5. def.* 4. Atque ita in similibus saepe alias in Curia nostra judicatum, etsi forte a nonnullis haec observatio nimis accepta videatur. Etenim si Testatrix in illo casu amplioribus et praegnantioribus verbis usa fuisset in eum sensum, quod bona nunquam extra sanguinem suum alienari vellet, prohibitionem potuisse fieri perpetuam, monet Sandius, et res loquitur.

21. Hac de re, quia magnus est ejus usus, exemplum aliud subjiciam. Testatores conjuges, duobus liberis filio filiaque haeredibus institutis, ita caverant; *Si quis liberorum nostrorum sine liberis moriatur, volumus Testatores ambo, ut tali casu bona nostra de uno ex liberis in alium, qui tunc erunt superstites, devolvantur, et haereditario jure transferantur, atque ita consequenter in perpetuum.* Et mox: *ita bona nostra ne devolvantur extra sanguinem nostrum aut lineam rectam, verum semper ad extremum usque in ea permaneant.* Ex filia Testatorum, nepote sine liberis mortuo, Pater ejus bona ab intestato sibi vindicabat, eo quod fideicommissum liberis tantum esset impositum, quorum appellatione vernacula nepotes in fideicommisso non contineri, obtinuit, ut Sandius tradit *d. tit. 5. def.* 10. nisi, ut idem addit, in diversum justae adsint conjecturae: Quales heic non tantum adesse, verum etiam directe fideicommissum videbatur esse perpetuum, in verbis, *de liberis in liberos, atque ita consequenter in perpetuum*; quae verba si paulo imbecilliora ad fideicommissum perpetuum viderentur, sequenti enixa prohibitione alienationis in perpetuum, ad eam sententiam confirmabantur. Atque ita pro filia contra Patrem nepotis, etsi πληθυντικῶς, judicatum est. Enimvero quando Testator liberos suos onerat fideicommisso, praevaluit opinio, quod nepotes sub liberis non contineantur, etsi aliter sit in *l.* 201. *de V. S.* nisi alia mens Testatoris e conjecturis, inquam, appareat; nec abs re videtur, ejusmodi conjecturam e subjecta prohibitione perpetua alienationis colligi posse: Nam etsi haec novum fideicommissum, aut ejus extensionem non efficiat, quominus tamen conjecturam in casus dubii interpretatione adjicere possit, nihil obstare videtur.

22. Fortius aliquando adfirmandum est, quod subjiciam; Quando Testator post ordinationem fideicommissi, secundum certos gradus et personas, nova distinctaque periodo, in casum, quo in illis gradibus expressis fideicommissum non haberet usum, prohibuit alienationem in perpetuum extra suum sanguinem, tunc aliter judicari non potest, quam in illa prohibitione novum comprehendi fideicommissum; utique si verum est, quo nihil certius, Prohibitionem alienationis per se inferre fideicommissum, qua de re mox amplius. Et tamen haec observatio, quod clausulae prohibitae alienationis, etsi perpetuae, non extendatur ultra fideicomm. quod praecessit, tam indiscrete vulgo recepta est, ut etiam ejusmodi prohibitiones irritas fuisse habitas meminerim; sed exemplis, *ut nunc* est, supersedemus.

23. De prohibita alienatione sola nonnihil adhuc dicendum. Ex illa fideicommissum oriri tacitum, nota est doctrina, si modo constet, in quorum gratiam fiat prohibitio. Tunc enim haeres non potest non esse rogatus, ut iis, in quorum gratiam facta sit prohibitio, bona restituat. Quemadmodum haec ipsa ratio docet, ubi non constet, in cujus gratiam facta est prohibitio, non esse in ea vim fideicommissi; sed nudum praeceptum, quod quidem in se non foret spernendum, sed quia nemo ex illo neglecto actionem movere potest, hinc omni effectu caret. *Et hinc Divi Severus et Antoninus rescripserunt, eos, qui testamento vetant quid alienari, nec causam exprimunt, propter quam id fieri velint, nisi invenitur persona, cujus respectu hoc a Testatore dispositum est, nullius esse momenti scripturam, quasi nudum Praeceptum reliquerint, quia talem legem testamento non possunt dicere. l.* 114. §. 14. *de Legat.* 1. In his verbis duo requiri videntur, ut vel causa exprimatur, vel persona. Quid igitur, si causa exprimatur, neque de persona constet, an tunc effectum habet prohibitio? Si causa sit ejusmodi, ut inde sciri possit, in quem finem Testator rea alienari prohibitas adhiberi velit, aut quibus inde personis sit aliquid tribuendum, potest effectum habere prohibitio; velut si dixerit, ideo se rem alienari nolle, quod splendori familiae consultum velit, adeoque omnis prohibitio, ne res alienetur extra familiam, sufficit in eum finem; Si nihil a Testatore sit expressum, unde hoc intelligi possit, ex conjecturis suppleri non potest. Nam etsi vix unquam aliter Testatores ejusmodi prohibitiones committant, quam ut posteris suis consulant, Judex tamen aut Interpretes hoc supplere non potest. Exemplum; Lucius Titius testamento suo cavit, ne ullo modo praedium suburbanum aut domum haeres alienaret, (nam hic articulus tam ad singulares res, quam ad haereditates pertinet) Scripserat haeredem filiam suam, quae decedens extraneos haeredes instituit. Julia, Lucii Titii Testatoris ex fratre proneptis, petit illa praedia, tanquam ex ejus familia proxima. Sed repulsam tulit, cum familiae mentio non esset facta in his verbis, quae nihil erant quam nudum praeceptum. *l.* 93. *in pr. de Legat.* 3. Neque tantum

per successionem res eo casu libere ad extraneos transire potest; sed etiam per alienationem inter vivos: qua de re apponam hoc exemplum. *Eustachia ab Heemert*, *vidua Petri a Quarebbe Ultrajectini*, *scripserat haeredes liberos*, *testamento quod erat conditum ult. Jul.* 1612. substitutis eorum descendentibus vulgariter. Addiderat hanc clausulam, ne scripti haeredes praedium Tjepmanum, in Frisiae pago Roordahuisen situm, possent vendere, pignore vel alio quovis modo gravare, permutare, vel ullo modo alienare in totum vel pro parte. Sed velle se, et illud praedium, si omnes ejus liberi sine descendentibus morerentur, perveniret ad matrem Testatricis, et post ejus obitum ad eos, qui sanguine proximi forent Testatrici. Filius deinde Testatricis perverse consulens, illud praedium cesserat creditoribus suis, e quibus ejus filius postea vindicabat illud praedium. Creditores fideicommissum extinctum esse contendebant, quia conditio, si *liberi sine descendentibus morerentur*, defecerat: Ipse enim petitor erat filius filii haeredis. Idcirco mater et reliqui de sanguine, manifesto erant exclusi. Filius etiam non erat vocatus, sed tantum positus in conditione, qua re non inferri fideicommissum, vera et communis est sententia, quam posuimus *ad tit. de Condit. Inst. n.* 7. Nihil igitur supererat, quam prohibitio de non alienando, quam Testatrix operose fecerat, haud dubie in gratiam proximorum, maxime nepotum suorum, ac ut illis consuleret. Quia tamen in verbis Testamenti nemo vocatus extabat, judicatum est, Actorem non habere jus illud praedium vindicandi. *In casu Jacobi de Quarebbe cum soc. contra Joannem van Baren cum soc. ante ferias O. S.* 1681.

24. (f) Sic alioqui juris est, ut quocunque tempore res alienata sit extra familiam, si talis est prohibitio, proximus e familia jus habeat eam rem vindicandi, *l.* 69. §. 3. *de Legat.* 2. quemadmodum dicere occupavimus *ad fin. tit. I. Quib. al. lic.* ita ut sub prohibita alienatione comprehendantur omnia, quae diximus *ad tit. ff. de Reb. eor. qui sub Tut. vel. Cura*, certe etiam oppignoratio. Proinde possessor ejusmodi rerum, non potest eas pignori dare, nec Creditores eas hypothecaria, ne quidem contra tertium a familia alienum, persequi possunt, quia pignus est ipso jure nullum, adeoque nec quidem, dum vivit is qui rem ipsis obligavit, res illis est obnoxia, ut in Curia nostra judicatum inter *Gabium Reinsma contra Dirk Hotses*, *ante ferias Natal.* 1680. quod secus esse in rebus fideicommisso conditionali gravatis, dictum est alias ex *l.* 48. §. 1. *de jure Fisci*.

Proximo e familia datur actio, si quando res, inquam, extra familiam alienata sit; quamdiu enim manet in familia, licet ad remotiorem pervenerit, non datur actio. *l.* 67. §. 2. *de leg.* 2.

(g) Quod si res non simpliciter sint prohibitae alienari extra familiam, sed etiam familiae relictae sint, non potest remotior proximo praeferri; multo minus, si Testatori proximi diserte sint vocati, ut frequenter usu venit. Sand. *de prohib. rer. alien. P.* 3. *c.* 6. *n.* 29. *et c.* 5. *n.* 7.

(h) Propinquitas non ad ultimum possessorem, sed ad primum fideicommissi conditorem refertur, idque jure repraesentationis; at in simplici prohibitione, ne res vadat extra familiam, magis ultimi possessoris ratio habetur. Sand. *l.* 4. *tit.* 5. *def.* 2. 6. 7.

Quid si dictum simpliciter, *ut bona devolvantur identidem ad proximos?* Magis est, ut proximi respectu ultimi possessoris intelligantur, ut a Curia nostra judicatum in tali specie, referente Nauta. *Fideicommissum erat, ne bona venderentur*, *permutarentur*, *oppignorarentur*, *aut ad extraneos devolverentur*, *verum ut semper manerent penes proximos. Souden altoos blyven en erven op de zibste en naest geregtigde Ersgenam* Duo haeredes, liberos habentes, de sua parte bonorum alienaverant extra familiam. Soror eorum illa bona vindicabat, cum esset proxima respectu Testatorum. Sed repulsam tulit, quia liberi alienantis ipsi erant proximi, et sic potiore jure praediti; visumque proximis simpliciter vocatis, qui scilicet proximi quoque tempore futuri essent, nihil causae esse, cur proximi ab haerede non intelligerentur potius, quam proximi a defuncto. In causa *Aldegondis a Solkama*, contra *Abrahamum a Solkma et Drem Bouricium*, *ut Curatorem Abrami Hillema*.

(i) Si addatur prohibitionem fieri ad tuendum nomen et honorem familiae, mares preferuntur feminis; alioqui promiscue gradus spectantur. Sand. *ibid. cap.* 3. *et l.* 4. *Decis. t.* 5. *def.* 8.

(k) Placet ad detegendam hujus rei naturam adferre casus, quibus illa prohibitio cesset, quod alibi commode fieri non potest. Cessat prohibitio, 1. ratione formae prohibendi, 2. Ratione causae alienandi. 3. Ratione petitoris. 4. possidentis.

(l) Ratione formae prohibendi, I. si nudum sit praeceptum, ne res alienetur, sine mentione vel personae, cujus intuitu prohibitio fiat, *ut dictum l.* 114. §. 1. *de Legat.* 1. *et l.* 93. *in pr. de legat.* 3. II. Si prohibitio sit in gratiam certorum hominum, iique jam decesserint. *l.* 38. §. 2. *et* 5. *de legat.* 3. III. Si temporaria prohibitio sit, atque tempus sit elapsum. *arg.* §. 5. *I. Quib. mod. tut. fin.*

(f) *Pos.* 13. 14. *et* 11. (g) *Pos.* 15. (h) *Pos.* 17. (i) *Pos.* 16. (k) *Pos.* 18. (l) *Pos.* 19.

(m) Respentu causae alienaodi, cessat prohibitio, quatenus selvendum est aes alienum defuncti, a quo prohibitin facta est. *d. l.* 114. §. §. 14. per §. *ult. I. ad leg. Falcid. l.* 16. *C. eod. et l.* 1. *C. debit. vendit. pign.* II. Ob aes elienum possessoris, dum is vivat, et quatenus ille jus in ea re habeat, si aliunde non sit, unde solvi queat, per *l.* 69. §. 1. *de legat.* 2. III. Ob impensas io res alias, queque prohibitas, necessaria faciendas. *l.* 53. *de haered. pet.* IV. Pro quantitate legitimae, per *Nov.* 18. *c.* 1. et Trebellianica, de *qua inferius.* V. Proptor dotes et slimenta liberorum. *Auth. res quae C. comm. de legat.*

(n) Reapectu petitoris I. Quod indignus sit beneficin defuncti, qua de re *tit. ff. de his, quae ut indig.* II. Quod ipse suam partem alienaverit. *l.* 11. *C. de fidoic.* III. Qood conseoserit alienationi. *d. l.* 11. *et l.* 120. §. 1. *de Legat.* 1. *l. pen.* §. 14. *de Legat.* 2. IV. Quod fideicommisan renuociaverit., per *l.* 29. *C. de pact. V.* Si haeres sit veoditoris, ant ejus qui veoditioni consonsit. *l.* 49. *de R. J.* Adde Sand. *tract. de prohib. rer. alien, P.* 3. *c.* 8. *n.* 38. *et seqq.*

(o) Ratione possessoris, cessat effectus prohibitionis; I. si ipse ex eorum numero sit, in quorum gratiam prohibitio facta est. *l.* 38. §. 5. *de Legat.* 3. II. Si per annos 30 possiderit, nam usucapio hic cessat ut *alias* dictum, vid. eund. Sand. *d. cap.* 80. *n.* 50. *et seq.* et quae nos diximus ad *Tit. D. quae res oppign. sub fin.*

25 (p) Pactione successoria cohaeredum, posse constitui fideicom. particulare, placuit Dd. contra juris ratiooem, ut probat Sand. *l.* 4. *t.* 5. *d.* 19. tametsi per modum actus inter vivos aliquid instar fideicommissi posait oriri, si mentio mortis facta sit, ut in *l.* 26. *pr. depos. et l.* 77. *de Legat.* 1.

Utcunque autem sustineatur ejusmodi pactio cohaeredum, qua constituunt, ut alique sioe liberis mortuo, quaedam bona ad superstites devolvantur, in eo tamen discrimen est indubitatum, quod vera fideicommissa tribuunt actionem omnibus ad id vocatis; etsi non sint haeredes, *d. l.* 67. §. 2. *et l.* 69. §. 3. *de Legat.* 2. Cum pacta quasi fideicommissaria nullum jus rei imponere, sed haeredes tantum personali obligatione obstringere possint, ut demonstratum est *ad tit. Inst. Quib. alien. lic. vel non, sub. fin.* Atque hoc discrimine constituto, nescie an id genus pacta magnopere a juris ratione abhorreant, *argum* eorum, quae de Servitutibus *alibi* dicta sunt: Jura praediis imposita, quae servitutes non sunt, valere tamen ut conventiones, et haeredes obligare, licet rem non afficiant. *l.* 13. *pr. Comm. praed.* Ubi ratio; *bona fides contractus legem servari expescit.* Non minus bene convenit id genus pactionibus fideicommissariis.

26. Quamvis autem Fideicommissa contineant hodie necessitatem restituendi, quam Fiduciarius evitare non potest, ut *superius* intellectum est; certum tamen est, si Fiduciarius haeredi a se instituto fideicommissum restituere debeat, efficere eum posse, ne bona, quae vi fideicommissi ad haeredem suum pertinebant, ab ipso percipiantur, sed alii, maxime usufructu tenus relinquantur, ut probatum est *ad tit. de Usuf. Legato.* Quod si haeredes tanti aestiment fideicommissum, ut haereditatem repudiare malint, nihil eos impedire potest, quominus fideicommisso potiantur. Quin etiam quia Conditores fideicommissorum plerumque suis testamentis adjiciunt poenas, saepius adsequi possunt, ne repudiatio illis damnosa sit. Hanc rem quia valde juridici usus est, exemplo illustrabimus. *Lasius Jongama* Vir nobilis, praelegatum reliquerat filio suo majori nato *Duconi*, cum onere fideicommissi, *si sine liberis decederet,* in commodum fratris sui *Francisci*, Supremae Curiae Senatoris. Duco sine liberis mortem obiturus, uxori suae *Sixtinae a Camminga* relinquit inter alia usumfructum illius praedii, addens, se recte scire, per testamentum Patris hoc sibi non licere, verum tamen id se fratri haeredi e se instituto oneris imponere; cui si opponeret sè, institutionem revocabat, uxore substituta. Franciscus usufructu praedii illius carere nolens, haereditate fratris non adita, petit dominio ex fideicommisso, eaque ipsi adjudicatur: Sed per reconventionem declaratur excidisse fratris haereditate, eaque viduae substitutae permittitur. Sed in Testamento Parentis eorum, conditoris fideicommissi, inerat clausula poenalis ordinaria; Si quis se Testamento opponeret, neque per omnia Testatoris voluntatem impleret, ipsius haereditate caderet universa, eaque accresceret haeredibus obsequiosis. Hujus vi poenae, Franciscus petit a vidua fratris, bona ejus paterna, propterea quod hoc egisset, ut voluntatem Patris de praedio illo primario, subverteret, ac eluderet. Ita damnum fraternae haereditatis erat exiguum. Sic relatum a Nauta *Decis. MS.* VI. in causa *Francisci Jongama primi Supremae Curiae Senatoris, contra Sixtinam a Camminga, viduam Duconis a Jongama, Praetoris in Hennaerderadeel.*

(m) *Pos.* 20. (n) *Pos.* 21. (o) *Pos.* 22. (p) *Pos.* 23.

T I T. II.

QUANDO DIES LEGATORUM VEL FIDEICOMMISSORUM CEDAT.

I. Quid sit diem codere, et historia juris ejus. II. Exceptionos a regula dioi a morte eodentis. III. Quando dios faciat conditionem, quando secus, exponitur. IV. Limitatur illa doctrina, et exomplis omnia illustrantur.

(a) Cedero, est alteri locum faeere, et hion *Cedere,* ad alium pertinere significat; Ros eedit alterius commodo, et dies legati *cedit*, ut ad Legatarium pertineat, eum effectu transmissionis in haeredem. *l.* 3. *h.* Denique, si legatarius moriatur antequam dies eedat, Legatum manet penes haeredem, a quo orat praestandum; Si post diem eedentem moriatur, ad haeredem Legatarii transmittitur, ut demonstravimus *ad tit. Quando dies usufr. leg. cedat.* Jure antiquo dies Legatorum eedebat io contineoti a tempore mortis Testatoris, Ulpiano testo, *tit.* 24. §. *Legatorum* 31. et Justiniano in *l. un.* §. 5. *C. de Cad. toll.* cujus juris vostigia sunt in *l. ult. de Donat. m. c. l.* 31. *do C. et D. l.* 3. §. *ult.* ot *l.* 42. *de Haered. inst. l.* 42. §. 1. *Bon. libort.* Augustus deinde Fisci augendi gratia, Lege Papia Poppaea diem eedere jussit ex apertis tabulis, quasi ineonveniens esset, ut Legatario cederet jus, antequam sciret, proinde quae Legata defieerent inter mortem testatoris et apertas tabulas, ea Fiseo cederent, Ulpian. *d. loco*, et Justinian. *d. l. un.* §. 1. *et* §. 5. qui hoc jus novum finalo *ibidem* abrogavit. Ut tamen in hoc titulo Paulum et Ulpianum, *l.* 1. *et l.* 5. §. 1. ot passim qui inter Augustum et Justinianum vixere, videas ita tradentes, quod dies a morte testatoris codat. Res jubet, ut haeo a Triboniano interpolata dicamus, ut eum Ulpianus scripsisset, a *die apertarum tabularum*, ille substituerit, *a dio mortis ojus*, ut observat Wissonbach. noster *Emblom. Tribon. ad l.* 6. *b. t.* post Hotomannum 4. *Obs.* 9.

2. (b) Excipitur Legatum ususfructus, cujus dies eedit ab adita haereditato, ejusque rededimus rationem *ad d. tit. Quando dies ususfr. leg. ced. n.* 2. Exoipitur otiam Legatum Libertatis, *propter sui naturam*, inquit Justinianus, quae *aditionem haoreditatis expoctat. in d. l. un.* §. 6. Quid ita? Quia libertas in actu et exercitio consistit, cujus initium fieri nequit, nisi sit, qui patiatur usum et exercitium faciendi quod libet, inchoari. *ar. l. un.* §. 2. *d. tit. Quando dios usufr. leg. cod.* Legata quoque conditionalia non eedunt diem, nisi post conditionem existentem, etsi conditio sit potestativa, *l.* 5. §. 2. *h.* seeus si conditio sit turpis, aut impossibilis, *d. l.* 5. §. 3. *et* 4. vel si per Legatarium non stat, quominus impleatur, §. 5. *d. l.* (1). Legata in diem certum relicta, pro puris hac parte habontur, *l.* 5. §. 1. *et* 2. *h. t.* etsi ante diem eum effeetu peti non possint, hoe enim est, diem *veniro* dici. *l.* 21. *h. t.*

(a) *Pos.* 3. *et* 1. (b) *Pos.* 2.

3. Diem autem incertum pro conditione haberi, dietum est *alias*, qualis est, *cum haeres moriotur l.* 4. *pr.* eum *Legatarius erit annorum* 14. quia conditionem in se cootinet, *si Legatarius tam diu vivet*; etsi per Si non adjieiatur, *l.* 22. *h. t. et l,* 75. *de C.* ot *D.* modo bene observetur, utrum tempus adjeetum sit legato vel fideicommisso, an petitioni aut praestationi. *l.* 26. §. 1. *h. l.* 5. *C. eod,*

Hanc distinctionem carpit ac emendatam vult Thomasius, *ad posit.* 19. *Inst. de Fideicomm. haeredi.*

Scholium

Tormini paululum obscuri; nam et tempus solutionis praestandae adjicitur fideicommisso. Potius ita dicerem; *Modo bene observetur, utrum tompus adjectum sit fideicommisso per modum diei, an conditionis.* Deineeps agit de sensu *l.* 46. ad SC. Trebell.

RESPONSIO facilis est. Seboliastes committit, opinor, ignorantism elenchi, quam vocant. Quaestio dumtaxat est de temporo, quod se conditionis instar habere possit. Ergo insnis distinetio sit, inter tempus habens se ut diem, vel ut conditionem; etsi id agendum, quomodo dies simplex, et dies habeus conditionem, discerni queat: Si enim verba sic habeant, *Do lego centum Titio, cum is annorum tot factus erit*, dies non eedit ante illos annos. Si hoc modo; quae *contum accipiet, cum ad annos tot porvenerit*, dies ex contineoti eedet. *l.* 5. *C. h. t.* Quemadmodum si dies conditionem in se nullam contineat, diem semper in continenti cedere, clarum, et dietum est ex *l.* 5. §. 1. *h. t.* Tantum autem abest, hanc distinctionem minus probandam esse nihil ut ea frequentius ac utilius sit, Seriptum est ita, *Uxor haeres esto, post mortem nxoris meae, fratris mei liberis millo ducatones do lego.* Moriuntur fratris liberi; haeredes eorum nihil petere possunt: si quidam ex illis moriantur, jus accrescendi pro superstitibus obtinet, ut saepissime

(1) *Consuli hic meretur Josephus Averanius* interpret. jur. lib. 4. cap. 5.

utravis modo respondimus. Quod si ita, *uxor haeres esto, Fratris mei liberis mille do lego, quos ante mortem uxoris peti nolo.* Si qui ante uxorem fratris liberi moriantur, horum haeredes partem defuncti capient, quia dies statim cessit, cum legatum sit purum, diesque petitioni dumtaxat adjecta sit. Quod Thomasius excipiebat, solutionem sive praestationem ipsi quoque Legato vel fideicommisso adjici posse, verum est: idcirco alterum distinctionis nostrae membrum, *quando dies petitioni, non ipsi legato adjicitur*, supponit duas positiones saltem implicite, *Do lego centum; quos accipiet, quos praestari volo, quando, etc.* Si vero uno verborum contextu, tempus recipiens interpretationem conditionalem, sit adjectum ipsi Legato, non dubitamus, quin dies cedens sit demum post tempus elapsum. Exemplum: Testator uxori suae bona quaesita tempore matrimonii legaverat, et post mortem uxoris ex iisdem acquaestibus Titiae Fideicommissum *quadringentorum* reliquerat. Titia ante uxorem mortua, haeres ejus petebat quadringentos, Sed repulsus est, quia tempus *post mortem uxoris* ipsi fideicommisso adjectum erat, ut judicatum apud Curiam nostram, in causa *Alberti Gualteri, contra Trijntiam Friesmt.* 27. *Octobr.* 1637. referente Nauta *Decis. Ms.* 51.

N. Addit.

Hic I. Scholium nostrum integrum est ponendum, quoniam quae in eo sequuntur, Auctor postea n. 4. *carpere voluit. Ita vero continuaveram: Mens Javoleni in* d. l. 46. *clara est. Saturninus instituit Maximum, ut Oceano,* cum ad annos sedecim pervenisset, *haereditatem restitueret. Finge Oceanum perventurum esse ad annos sedecim Calendis Jan. anni* 87. *Oceanus moritur antequam annos sedecim impleret, et v. g. ann.* 82. *Quaerebatur, an Maximus retinere possit haereditatem, an eam Senecae, haeredi Oceani, restituere cogeretur? Respondat Javolenus pro Seneca*, quoniam, *dicit.* dies fideicommissi vivo Oceano cessit, scilicet, si prorogando tempus solutionis, tutelam magis haeredi fiduciario permisisse, quam incertum diem fideicommissi constituisse videatur, *hoc est, idem in hoc casu praesumitur, ac si testator jussisset haereditatem restituere* Calendis Januarlis anni 87. *quod fideicommissum in diem est, cujus dies statim cedit post mortem testatoris: Sed quia tamen revera dies in verbis prolatis*, cum ad annos nos sedecim pervenerit, *incertus sit ratione existentiae et adeo pro fideicommisso conditionali quoque, cujus dies cedit demum existente conditione, haberi possit; omnino intentio testatoris ex conjecturis aliis elicienda est. Quod vero Javolenus magis* pro die, *quam* conditione *definiverit, inde esse puto, quod testamento dictum fuerit, CUM,* non, SI ad annos sedecim pervenisset; *Uti enim particula Si, regulariter conditionem, ita CUM regulariter et principaliter diem denotat. vide Strauch.* Partic. Jur. voce, cum et si *II. Si Auctor pro distinctione sua declaranda allegasset* l. 5. C. h. t. *ut nunc in praecedentibus fecit, habuissem quae ulterius opposuissem. Jam vero legem istam divinare non poteram. III. Quae ad explicationem meam* d. l. 46. *excepit Auctor.* n. 4. *minus accurata sunt, cum me non attente inspexisse legem arguit, quia* d. l. 46. *non commemoret particulam* Si. *Vellem scire qua attentione Auctor mea verba inspexerit, (Javolenum ita respondisse, quia in testamento particula CUM adhibita fuerit, non vero particula SI) Ego nusquam dixi, quod in* d. l. 46. *extet particula* Si *IV. Jam quidem in responsione, ponendo casus satis perspicuo, mentem suam ab obscuritate liberavit Auctor, nondum vero probavit sententiam suam ex* Arte *Juris certam esse. Graves enim hic occurrunt et indissolubiles, ut mihi videtur, antinomiae. Alii enim JCti amplexi sunt in his et similibus quaestionibus distinctionem Auctoris; alii contra distinctionem inter particulas* cum et si, *secundum quam exposui legem Javoleni. Attende Lector. Ita Ulpianus dicit* l. 49. pr. §. 1. et 2. de leg. 1. Si cui legetur, cum quatuordecim annorum erit, certo jure utimur, ut tunc sit quatuordecim annorum, cum impleverit, et ita Imperatorem decrevisse, Marcellus scripsit. Ergo cum esset sic relictum, cum ad quartum decimum annum pervenisset: annua, bima, trima die; et decem et septem annorum mortis tempore inveniatur; praesens legatum erit. Proinde si quindecim annorum, consequenter dicemus, post biennium deberi; si sedecim, post annum debetur; si menses desint ad septimum decimum annum, residuis mensibus debetur. Haec ita, si putans minorem esse quatuordecim annorum, cum jam excessisset, sic legavit: si vero scit, triennium ad legati praestationem ex die testamenti facti numerabimus. Hoc autem legatum et conditionale est, et in diem. Conditionale tamdiu, quamdiu quartus decimus annus sit completus, postea in diem. *Hic Ulpianus rejicit distinctionem Javoleni inter particulam CUM et SI, et legatum conditionale etiam pronuntiat, ubi particula* cum *fuit adhibita. Rursus Javolenus alio loco in* l. 40. §. 2. de condit. et demonstr. Quidam Titio centum legaverat. deinde infra ita jusserat, quas pecunias cuique legavi, eas haeres meus si mater mea moritur, dato. Mortuo patrefamilias Titius vixerat,

et viva matrefamilias decesserat. Mortua matre, haeredibus Titii legatum deberi, Ofilius respondit, quoniam non sub conditione esset legatum, sed ante legatum pure, deinde dies solvendi adjecta videamus, (inquit Labeo) ne id falsum sit, quia nihil interait utrum ita scribatur: Quas pecunias cuique legavi, eas haeres meus, si mater mea moritur, dato; an ita: nisi mater mea moritur, nec dato, utrobique enim sub conditione vel datum, vel ademptum esse legatum Labeonis responsum probo. *Hic Javolenus ex fundamento suae distinctionis legatum conditionale dicit, quia videlicet particula Si fuit adhibita, et diserte cum Labeone distinctionem Auctoris ab aliis JCtis propositam, rejicit. Denique Imperator Alexander in* d. l. 5. C. quando dies legat. Ex his verbis, Do lego Æliae Severinae filiae meae, et Secundae decem, quae legata accipere debebit, cum ad legitimum statum pervenerit: non conditio fideicommisso vel legato inserta, sed petitio in tempus legitimae aetatis dilata videtur. Et iden si Ælia Severina filia testatoris, cui legatum relictum est, die legati cedente, vita functa est, ad haeredem suum actionem transmisit, scilicet ut eo tempore solutio fiat, quo Severina, si rebus humanis subtracta non fuisset, vigesimum quintum annum aetatis implesset. Non caeptum enim annum, sed impletum, si de emolumento relicti fideicommissi tractetur, expectandum esse Jurisprudentibus placuit. *Hic quidem Imperator definit casum distinctione Auctoris adhibita, sed non rejicit distinctionem Javoleni, neque enim rejicere poterat, cum Javolenus in hoc casu idem respondisset, quia particula cum erat hic adhibita, adeoque etiam cum hic casus secundum utramque JCtorum olim dissentientium distinctionem, eandem decisionem admittat, non dicere etiam poteris, quod Javoleni sententia in Pandectis relata, per legem hanc Codicis abrogetur. Ergo apparet, sententiam Auctoris nondum ita certam esse, ut arbitratur, sed fluctuat adhuc inter antinomias. Scio equidem, quod Dd. sudent in conciliandis hisce contradictionibus*, vide Eckolt. ad ff. tit. quando dies legat et Wissenb. ad d. l. 5. Cod. *Sed mihi tamen, quascunque distinctiones afferant, certum est, eas non quadrare ad has tres leges in harmoniam redigendas.*

4. Proinde standum videtur hac regula: Quando tempus adjectum est ipsi Fideicommisso recta positione, dies cedit demum post tempus: Sed quando Legatum per se consistit, et dies petitioni vel praestationi adhibetur, etsi dies incertus sit, tamen in continenti cedit: sub exceptione, nisi aliud suadeant conjecturae praegnantes; qualis est, si Pater extraneum haeredem fiduciarium instituerit, eumque rogaverit, ut *filio suo, cum ad annos tot pervenisset, haereditatem restitueret*, qualis species est *in d. l.* 46. *ad SC. Trebell.* ubi Sejus Saturninus, archicubernus classis Britannicae, Valerium Maximum trierarchum haeredem instituit, a quo petiit Testator, ut filio suo Sejo Oceano, cum ad annos XVI, pervenisset, haereditatem restitueret. Mens Saturnini Patris hanc fuisse videtur, ut Valerius Maximus bona tanquam Tutor filio custodiret usque ad annum XVI, non ut haeres statim cum effectu esset, et filius demum in diem incertum, ac ita sub conditione; idque conjectura paternae pietatis, nisi aliter e verbis testamenti colligi posset, ut Javolenus *in fin. d. l.* 46. indicat. Consequenter ut haereditas Saturnini ne maneret penes Maximum trierarchum, sed transiret ad haeredes Oceani ab intestato. Thomasius *ad d. posit nostram* 19 *de fideicommiss haered.* Quod *autem Javolenus*, inquit, *magis pro die quam conditione definiverit, inde esse puto, quod in testamento dictum fuerit* CUM *non* SI *ad annos sedecim pervenisset. Ut enim particula* SI *regulariter conditionem, ita* CUM *regulariter et principaliter diem denotat.* Minus attente Scholiastes, *ibi*; Nam *d. lex* 46. non commemorat particulam SI in testamento fuisse; bis To Cum exprimit, nec aliter usquam; Rationem dumtaxat, quod Tutor potius ut custos, quam haeres considerandus sit, per SI, adjicit ut significet, rem aliter se habere posse, si diserte Testator extraneum tantisper haeredem verum esse voluerit. (1)

Potest etiam e verbis testamenti conjectura in eam partem colligi, quomodo in hac specie existimavi. Sempronia instituerat haeredes pauperes, sive diaconos Ecclesiae Franekeranae, sed Legatis pluribus suos propinquos adsperserat, omnibus puris; Unum ita reliquerat: *Itiae Stephani filiae, degenti Maccumi, do lego florenos tot, cum erit annus nata viginti quinque, et haeres meus scriptus pecuniam legatam*

(1) *Cur ergo in* l. 49. pr. §. 1. 2. et 3. de legat. 1. *legatum est conditionale ex sententia Ulpiani? Etenim est eadem fere species qualis proponitur in* l. 46. ad S. C. Trebell., *nam, ut Ulpianus proponit, pater legaverat filio* CUM ad quartum decimum annum pervenisset. *Putem differentiam in eo latere, quod in specie* l. 49. de leg. 1. *testator duplicem diem adjecerit, unum certum, his verbis*: annua, bima, trima, die, *alterum incertum, his verbis*: cum ad quartum decimum annum pervenisset: *Diem certum adjecit solutioni, adeoque probabile est, quod diem incertum voluerit adjicere dispositioni, sive ipsi legato: at in* l. 46. ad S. C. Trebell. *testator unicum diem adjecit, quem ex conjectura pietatis non ipsi fideicommisso, sed solutioni dumtaxat adjectum esse Javolenus docet.*

tamdiu custodiet, donec, ut dictum, nata erit annos XXV. Itia Stephaoi filia mortoa est, eum cxplesset aonos viginti quatuor et sex meoses, adeoque *priusquam praefinitum tempus aetatis impleret.* Respondi, diem Legati, viva Itia cessisse; quia prorogando tempus solutiools, *Custodiam* magis haeredi permisisset, quam iooertum diem Legato adjecisso videretur, ac ita Legatom ab haeredibus legitimis Itiae Stephaoi filiae, reote peti. Res aceidit mense *Majo* 1689. Sic regulae joris oirca voluntatcs hominum, infinitao varietatis capaces, difficulter its, ut nulli exceptiooi siot obooxiae, compooi possunt.

TIT. III.

UT LEGATORUM SEU FIDEICOMMISSORUM SERVANDORUM CAUSA CAVEATUR.

I. Qualis haec sit cautio II. A quibus praestetur. III. Quando praestetur IV. Aliquando etiam in haereditate fideicommissaria locum ei esse. V. Casus, quibus cessat haec cautio.

(a) Haeres cavere debet datis fidejossoribus, * se legata praestiturum, ubi dies adjecta venerit, et conditio exstiterit, *l.* 1. *et pass. h. t.* qualis cautio io omnibus b. f. judiciis, ex causa exigi potest, *l.* 41. *de jud.* quin ot io puris legatis, si qua mora iotervenist, saepe praestatur *l.* 15. *pr. h.*

2. (b) Debet ab omnibus praestari haeredibus, etsi locupletissimis. *l.* 1. §. 1. *h.* Pater tameo filio ooo nisi per hypothecam cavet, *l.* 7. *h. t.* quae leoior est quam satisdatio por fidejussorem. *l.* 17. §. *ult. de Test. tut.* ** juoct. *l. pon.* §. 1. *de Pign.*

3. (c) Praestatur ante litem cootest. quia praetoris est, *l.* 1. §. 9. *h.* oui ooo obst. *l.* 5. §. 1. *h.* quae de judicio appellatioois loquitur, hoc senso; In prima iostantia foit omissa cautio, quaeritur: an in judicio appellatioois exigi possit. Ratio dubitandi, quia litis contestatione simpliciter facta huic cautioni renunciatum videtur *l.* 1. §. 9. *h.* Sed verom est tamen in judicio appellationis, post sententiam, reote petiicautionem, periode *ac ante sententiam* peti potuisset: soilicet, ante litem contestatam.

4. Agitur passim do legatis et fideicommissis singularibus. An eadem caveodi occessitas ooo habet looum io haereditate fideicommissaria? Non est dubiom *l.* 14. *in pr. h. t.* Paolus 1. *sent.* 11. *pr. ubi* Cujacius. Atque io his longe majorem habet usum, quam io rebus certis.

5. Sunt casus quibus haec cautio cessat. 1. Is quem diximus, Si quis omissa cautiooe litem contestatus sit. 2. Si Testator eam exigi prohibuerit. *l.* 1. *tit. sequ.* 3. Si ab ipso Legatario remissa sit *l.* 46. *do Pact.* 4. Si Fiscus aut Respubl. sit haeres, et rogati siot, res certas vel *haereditatem restituere. l.* 1. §. 18. *et l* 6. §. 1. *h.*

Cessat 5. in fideicommisso, quo Pareotes suos liberos rooiprace jusserunt bona restituere superstitibus, si quis eorum sine liberis decesserit, aut etiam ospitibus testatorum; exceptis duobus casibus, si jussorit caveri, vel si pareos ooditor fideicommissi ad secundas nuptias traosierit. *l.* 6. §. *ad Senatus c. Trebell.*

TIT. IV.

UT IN POSSESSIONEM LEGATORUM VEL FIDEICOMMISSORUM SERVANDORUM CAUSA ESSE LICEAT.

I. Missionem hanc esse in omnia bona, non obst. N. 53. *II. Quid haec possessio tribuat. Quid juris si non caveatur. III. Usus tituli.*

(a) Si non caveatur, quod his diebus usu veoit frequeotissime, quid fiat, quaeritur. Praetor mittit legatarium vel fideicommissarium io possessionem omnium rerum haereditariarum, quamvis mioime res legata, vol per fideicommissum relicta sit, *l.* 13. *h. t.* cui non obstat. *Nov.* 53. c. 4. ubi

(a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 2. (c) *Pos.* 3. (a) *Pos.* 1. *et* 3.

* Quid si fidejussoribus non idoneis cautum est, an rursus cavendum petente legatario? Hoc suae facilitati impensum feret, nisi plane nova, id est post cautionem nata causa allegetur *l.* 3. §. 3. *l.* 4. *Ut in possessionem legat. vel fideicomm. servand.*

** Est in *l.* 17. de contumelia satisdationis, cujus ratio hic inprimis est evidens, durum videri patrem adigi, ut imploret alienam fidem, quam apud filium haud invenire potest.

missio in possessionem fieri dicitur πρὸς τὸ μέτρον τοῦ διαφαινομένου χρέους *secundum mensuram liquidi debiti* Nec enim agitur ibi de hac missione, sed de ea, quae fit in res eorum, qui se judicio sistere nolunt; praeter quod ea verba non tam ad factum missionis in possessionem, quam ad ejus effectum et ad distractionem referenda sunt, quo sensu ne haec quidem missio debitae rei modum egredi potest. Adde Pacium. *I. sag. h. t.*

2. (b) Qui missus est in possessionem, solus non possidet; sed pati debet haeredem colere agros et fructus redigere, quod si his negligat, missus in possessionem custodire debet, ut neque depereant, neque deteriores fiant, *l.* 5. §. 22. verum si fideicommissarius, cui non cavetur ab haerede, caveat ipse pro conservatione bonorum, possessio ad illum solum transfertur, ex rescripto Marci Caesaris in *l.* 5. §. 1. *tit. praeced.* Caeterum, si nec ille cavere queat, *tum vel res deponendae, vel jurisdictio restituenda erit d. l* 5. §. 1. *in fin.* Quid haec alternativa sibi vult? Sic est; Deponenda *apud virum bonum, ab utraque parte eligendum, qui utiles actiones exerceat,* ut paulo ante Papinianus exposuit in *d.* §. 1. vel si de eo conveniri nequeat, redeundum erit ad hoc, quod Praetor in Edicto de missione in possessionem decernit, quod est genus quoddam possessionis quasi per societatem, idque volunt verba, *restituenda jurisdictio.* Cujac. *ad* 1. *Paul. sent. c.* 11. *a pr.*

3. Hunc titulum non esse in usu hodierno, volunt juris abrogati, vel potius abrogandi, ut ipsis videtur, auctores Antumnus et Groenewegius, *hic.* Prior idem de *praeced. tit.* adfirmat. Sed *hoc,* ait *ibi* Groeneweg. *de moribus nostris temerarium foret adfirmare* Forte an nec de praesenti titulo adsentiri licest. Quanquam modus ille possidenti per custodiam parum usitatus esse videtur; sed rescriptum Marci, ut fideicommissarius possessionem consequi possit, si caveat, vel, si non caveat, ut res tertio committantur, admodum civile, atque ad usum est idoneum, dignissimseque observationis, eo magis quia minus ad ejus sententiam vulgo attendi videmus.

(b) *Pos.* 2.

INCIPIT PANDECTARUM

PARS. IV.

LIB. XXXVII. TIT. I.

DE BONORUM POSSESSIONIBUS.

I. Continuatio. II. Definitio. B. Poss. et ejus exegesis. III. Divisiones.

(a) **F**sciendum est, ut uculos paulisper rotro vertamus, quu methodi rationem coosideremus. Io libro quinto Judicia sive aetiones divisae suot, quod siut in rem vel iu persuosm. Actiooos in rem sunt Universales, vel siogolares, Universales, Haereditstis petitio et Querela Inofficiosi. Haereditstis petitiu est vel eivilis, vel Prsetoris. Quas cum exposuisset Digestor, transiit ad res singulas. Sod principis sive fontos setionum iu rem non exposuit: postqusm sd aetiones in parsooam e contractibus trausiit, footes eorum, hoc est ipsos contraetus, pariter ensrravit. Cur tam varie in Paodectis, sut io Edicto perpetuo, difficile diotu est: nisi quod actus inter vivos prsecedant natursliter ultimas voluntates. Expositis omnibus inter vivus sctibus, exceptis verborum obligatiooibus, quao omoium rerum aecessiones erant, hisquo absolutis, ingentum Successioonm matoriam, qua trsctatus aetionum praecedootium enormiter interruptus fuisset, io *lib.* 28. aggressus est: tam quod ad haereditates, quam legata. Et quidem usque Librum XXXVI. de sueeessione civili aotum, quibus fideicommisss subjunguntur. Hanc Praetoria Suecessio, quae nihil est aliud qusm bonorum possessio, sequitur; quemadmodum *lib.* 5. haereditstis potitio possessoris civilem quoque secuts fuit.

2. (b) Definitur Bonorum Possessiu, quod sit jus persequendi rutinendique patrimonii (sive rei) quod oujusque eum moritur fuit. *l.* 3. §. 2. *h.* Ex no quod dicitur *Jus persequendi*, satis intelligitur, possessionem heie longe aliter accipi, quam iofra *tit. de Adquir. poss.* Nsm illic possessio nihil est aliud quam deteotio; at heie etiam qui res oon detioet, aeque habet bonorum possessionem, sc ia qui rebus incumbit. Adeoque in effeetu nihil est bonorum possessio, qusm haereditas praetoria *l.* 1. *et* 2. *h. l.* 119. *et* 138. *de V. S.* Quae res comparsta eum definitiono Bunorum possessionis heie trsdita, confirmat evideotissime senteotism e nobis expositam *ad tit. Inst. de Reb. corpor. et incorp. n.* 3. super explicstiooe et iotelleetu Haereditatis, qusteous haec e rebus haereditsriis distinguatur. Non sine emphasi dietum est io definitione, *patrimonii, sive rei*. Patrimonium significst universas res, quomodo agitur adversus eum, qui bons ounota tenet; Rei vox certorum bonorum, licet minimae rei, deteotorem sigoificst, adversus quem datur etism possessoria haereditatis petitio *l.* 9. *et sequ. de haered. pet.* juuot. *l.* 2. *poss. haered. pet.* Clarius booorum possessionem ab haereditate, hac defioitiooe disceroere possis, his aut similibus verbis additis; *Edicto Praetoris, supplendi juris civilis causa introductum.* Hio eoim est seopus, ut ubi Lex oivilis non dat sucoessionem, Praetor eam ex aequitste suppleat, in gratiam illorum, qui licet sanguine propinqui, ab Lege XII. tab. oegligebantur. io *fin. pr. Inst. h. t.* Eorum, inquam, gratis, qui Jure eivili erant oeglecti; nam quibus Lex prohibebat suoeessionem, his oeo Praetor, qui mioister legis est, eam docernere poterat. *l.* 12. §. 1. *h. t.*

3. (c) Dividitur bonorum possessio in Edietalem et deeretalem. Ills quae ex edieto oertis personis de plano datur. Deeretalis oon tribuit pleoum jus sed est tantum provisionalis, ut its loquar, qualis Carbonisna bonorum possessio, de qua *infra.* Decretales sunt utique etiam ex Edieto, *l.* 2. *et l.* 4. *de Carbon. Ed.* sed insuper causae cognitionem requirunt. *l.* 3. §. 4. *et* 8. *h. t.* Edietalis tribuit quidem plenum jus, sed sub conditione, si oon alius potiori jure supervenerit, quo casu bon. possessio fit sine re et sine effeetu, nisi tempus elapsum sit, intra

(a) *Pos.* 1. 2. *et* 3. (b) *Pos.* 4. *et seqq.* (c) *Pos.* 10. *et seqq.*

quod bonorum possessio agnosci debet. *d. l.* 3. §. 4. *l.* 2. *pr. de bon. poss. sec. tabb.* Dividuntur etiam bon. possessiones, in ordinarias et extraordinarias. Hae bifariam explicaetur. Primo ordinaria est, quae ex Edicto venit; extraordinaria, quae ex novis Legibus, prout quaeque res incidit, extra ordinem datur. §. 3. et 4. *vers. septima. Inst. h. t.* Rursus ordinaria est, quae aliter Edictalis, extraordinaria, quae fit cum causae cognitione. *l.* 3. §. *ult. de Carbon. Ed. l.* 5. §. 3. *de Legat. praest. l.* 1. §. 4. *Unde Liberi.* Plerseque sequentibus titulis expositae, sunt Edictales. D. Wissenbach. *ad h. t. th.* 5.

SCHOLIUM.

Ergo Extraordinaria in hoc posteriori significatu, et Decretalis, sunt synonyma; (ut in posit. 1 1.) *sed in priori significatu est subspecies Edictalis.* vid. ad Inst. h. t.

TIT. II.

SI TABULAE TESTAMENTI EXTABUNT.

(a) Edictalis sive ordinaria bon. possessio datur vel testato, quando testamentum jure conditum est, vel ab intestato, quando nullum testamentum jure factum extat.

2. (b) Ad eas, quae testamento condito dantur, requiritur praecise, ut tabulae tempore mortis extiterint, *l. un. h.* unde ad nuncupativa testamenta non pertinent hae bon. possessiones, proprie et in institute primaevo, sed tamen postea ad illas quoque translatae sunt. *l.* 8. §. *ult. de bon. poss. sec. tab.* Caeterum, quae testato dantur, sunt vel contra, vel secundum *Tabulas*, ut *infra.*

TIT. III.

DE BON. POSS. FURIOSO, INFANTI, ETC.

(a) Qui sub Curatoribus sunt, petunt per hos bon. possessionem, sic tamen, ut eorum negligentia non praejudicet infantibus, furiosis etc. licet aliter sit scriptum in *l.* 7. §. *ult. de bon. poss.* si modo recte ibi sit scriptum, vel nisi de praejudicio tutoris aut patris hoc tantum intelligatur. D. Wissenbachius *ad tit. praeced. th.* 7.

TIT. IV.

DE BON. POSS. CONTRA TABB.

(a) Contra tabulas Bon. possessio proprie datur liberis emancipatis praeteritis, *l.* 1. §. 6. sed usus ejus mere fori Rom. extenditur ad Suos *l.* 12. §. 1. *h.* quin et interdum ad institutos: nempe, si unus liberorum sit praeteritus, *l.* 3. §. 1 1. *et l.* 10. §. *ult. h.*

2. (b) Est quidem ipso jure nullum id testamentum, in quo filiusfam. est praeteritus, *l.* 1. *de injust. rupt. testam.* sed a Praetore nullitas illa non attenditur, quominus tabulas hactenus agnoscat, ut adversus eas det bonorum beuerum possessionem contra tabulas. §. 12. *Inst. de haered. quae ab intest.* Vigl. *in pr. Inst. de liber. haeredi instit. n.* 4.

TIT. V.

DE LEGATIS PRAESTANDIS CONTRA TAB. BON. POSSESSIONE PETITA.

(a) Legata tamen per hanc possessionem evertuntur, exceptis iis, quae debentur parentibus et liberis, item uxori et nurui dotis nomine, *l.* 1. *h. t. l.* 1. *C. de bon. poss. cont. tab.* fratres et sorores hic non continentur. *l.* 3. §. 1. *h.* Suus tamen praeteritus hoc utens remedio, nulla legata praestat, quia Praetor applicando ei suum remedium, conditionem ejus deteriorem facere non vult, quam jure civili erat futura. *l.* 15. *pr. h.*

(a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 2. (a) *Pos. un.* (a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 2. (a) *Pos.* 1.

(b) 2. Cum autem bonorum possessio contra tabulas, ne jure quidem novo sit abrogata, sed emancipatis praeteritis non hodie aliud remedium detur, sequitur, huic titulo adhuc usum manere suum. Pao. *h.* Thomasius.

SCHOLIUM.

Cur non detur aliud remedium? Sive enim Auctoris hypothesin foveas, dabitur querela inofficiosi, sive nostram, erit remedium nullitatis, per ea, quae saepius supr. ad tit. Inst. de exhaered. lib. tit. ff. de lib. et post. tit. inst. de inoff. test.

RESPONSIO.

Imo vero demonstratum est saepius a nobis praedictis locis, discrimen inter suos et emancipatos, quod attinet ad successionem testamentariam. Demonstratum quoque, Novellam CXV. agere de Querela inofficiosi Testamenti, quae datur exhaeredatis et praeteritis, qui pro exhaeredatis habentur: quales non sunt filii praeteriti a patre nec sui nec emancipati. Plane que ita dicendum sit, ut Praeteritis Suis datur Querela nullitatis, non testamenti inofficiosi, ita emanciparis non dari aliud remedium quam vetus praetorium, quod est bonorum possessio contra tabulas. Etsi moribus hodiernis verum est, Bonorum possessionis Praetoriae nullum a civilibus remediis usum superesse diversum. quemadmodum ad Tit. de liber. et posth. haer. inst. vel exh. *demonstravimus.*

N. ADDIT.

Omisit Auctor scholium praecedens, ex quo sensum capit scholium hic impressum. Ad id enim, quod dixerat Auctor, emancipatis praeteritis hodie non dari aliud remedium, addideram, imo dari aliud per Nov. 115. *ubi expresse dicitur, quod jure novo nec liceat emancipatos praeterire aut exhaeredare, sine appositione alicujus ex causis ibi recensitis. Jam ad ea, quae Auctor hic respondet, facile excipi potest, quod etsi jam a doctrina sua de querela inofficiosi, tam acriter superius citatis locis defensa, quoad suos praeteritos recedat, tamen falsum sit, quod asserit, emancipatis praeteritis non dari aliud remedium quam vetus praetorium. Cur enim non daretur etiam* ex d. Nov. 115. *querela nullitatis?*

TIT. VI.

DE COLLATIONE.

I. Continuatio, et definitio Collationis. II. Ratio conferendi jure antiquo. III. Iure recentiori, post adventitia paternae adquisitioni subtracta, nihil conferri, quam quod e substantia parentis profectum est IV. Exceptiones ab ista regula. V. A quibus fiat collatio. VI. Quomodo fiat. VII. An et quando invitus cogi possit ad conferendum.

Si quis historiae juris antiqui ignarus, et usus practici, quem habet haec Rubrica, conscius hanc inscriptionem videat inter capita juris antiquata, solo quasi loco destitutam, miretur qui factum sit merito, ut non potius de Collatione apud titulum de Familia erciscunda, vel post doctrinam de Adquirenda Haereditate sit setum, quam medio inter bonorum possessiones loco. Hujus rei ratio cum sit historica, doctrinam Tituli, secundum ordinem temporis exponemus, praemissa definitione; quae sic est nobis. (a) COLLATIO est, *Qua libori a parentibus vivis segregati, in divisione haereditatis communicant cum caeteris bona, quae alioqui parentum fuissent.* Segregatio fit vel emancipatione, vel sine ea, per separatam habitationem, aut negotiationem, quotiescunque liberi separatas a Parentibus rationes habere caeperunt.

2. (b) Consideremus primo emancipationem. Pone exemplum juris antiqui; Pater habens tres liberos, unum ex illis emancipavit. Omnes interim sueti suot haereditatibus aliisque lucris ostabilibus. Liberi in potestate retenti omnia Patribus adquisiverunt; Emancipati cuncta sibi, ut notum ex *tit. Inst. Per quas personas cuique adquir.* Proinde emancipati partem ferebant eorum, quae Sui parentibus adquisiverant, Sui nihil de his, quae adquisita fuerant ab emancipatis. Hoc erat iniquum; Ait igitur Praetor. *Si velitis esse participes omnium bonorum paternorum, ut per Edictum meum vobis licet,* conferte in medium, quae a vobis interim quaesita sunt, et quae Patrum fuissent, si in potestate mansissetis; nihil est aequius, ut liquet. Hoc autem ad emancipatos cum suis comparatos pertinet, non ad Suos nec ad emancipatos inter sese, ut apparet. *l.* 1. §. 24. *h. t.* Bona castrensia et quasi-castrensia quoquo non conferebantur, quia Patri adquisita non fuissent, etsi maxime liberi in potestate mansissent. *l.* 52. §. 8. *Pro soc. l. ult. C. h. t.*

(b) *Pos.* 2. (a) *Pos.* 2. (b) *Pos.* 1.

arg. l. 1. §. 19. *in fin. h. t.* Nec ea bona, quae post mortem Patris demum adquisita sunt, ut Legata liberis a parentibus relicta, vel ab extraneis, qui Parentes haeredes institutos jusserunt filiis praestare fideicommissum post mortem vel cum morientur; quia cum ipsi hoc tum praestare debeant, nec est id, sub tempus mortis, ipsorum *d. l.* 1. §. 19. Si vero aliter filio Legatum relinquatur, cum Pater morietur, hoc venit in Collationem, quia cum moritur Pater, ipse hoc per filium adquirit, *d. l.* 1. §. 18. quatenus moriendi momentum vitae tribuitur. *l.* 18. §. 1. *de Manumiss. testam.*

3. (c) Hactenus jure veteri, quo non tantum profecta ex rebus Paternis, sed et adventitia Patris erant propria, si liberi in potestate manerent; quae proinde ab emancipatis conferebantur. Postquam adventitia bona paternae adquisitioni subtracta sunt, quod intelleximus e §. 1. *Inst. per quas person. cuique adquir.* consequens fuit, eadem amplius non conferri ab emancipatis: quoniam ex illis nulla contra Suos, qui nec ipsi adventitia Patribus adquirunt, oritur inaequalitas. *l. ult. C. h. t.* Tu dicas; Sui tamen praestant usumfructum Patribus suis; hunc vero emancipati retinuerunt. An igitur usumfructum emancipati conferunt, vel si non conferant, an inde non oritur inaequalitas: conferri nusquam legitur ususfructus; ideoque cum alimentis, quae Liberi a patre non segregati percepere, secus ac emancipati, compensatur, et si forte reditus longe pluris sint quam alimenta, cum res et aliter se habere possit, haec inaequalitas ad hypothesin redigi non potest: Vinn. *de Coll. c.* 11. *in fin.* Christin. *vol. Dec.* 178. *n.* 1. Quin eo res tandem redacta est, ut nihil conferatur, quam quod e substantia Parentis, cui succeditur, est profectum. *l.* 17. *C. h. t.* Hoc enim solum facit inaequalitatem, si non redeat in sinum haereditatis. Unde statuendum videtur, ne profectitia quidem in omni sua latitudine conferri. Nam quidquid occasione peculii profectitii adquiritur, etsi bona fortuna industriaque filii sit auctum, id est profectitium, etsi totum perierit et rursus multo sit auctius, id tamen est peculium, quod eo quoque tempore existit. §. 1. *d. tit. Inst. l.* 32. §. 1. *de Pecul.* Atqui in collationem venit id tantum, quod e paterna substantia ipso actu profectum est, *d. l.* 17. *C. h. t.* Proinde ne pro parte quidem, dimidia conferendum videtur, etsi ita voluerit Bartolus in *l.* 6. *C. de Bon. quae lib.* quem sequitur Fachin. 5. *controv.* 83. Bachov. *ad disp. Tr. de collat. th.* 6. Vinnius *tract. de Collat. c.* 14. *a pr.* Non utemur rationibus, quas Vinnius vocat ineptas *d. cap. n.* 3. sed hac sola, quod ratio, quae vult totum vel partem lucri e profectitio peculio quaesiti conferendam, parit inaequalitatem inter liberos, qua nihil collationi magis adversum est. Filius industrius de suo labore conferet in desidem; emancipatus de lucro eorum, quae ipse e parentibus accepit, nihil conferet; quia nihil inde Patri quaeritur. Et tamen lucra ex labore Suorum participabit? haec iniqua et a praesumpta Patris voluntate, ideoque etiam a conferendi jure aliena sunt. Nec dubium esse putem, quin ita moribus servetur, ut tantum liberi, seu Sui sive emancipati, conferant, *quod de substantia patris ad singulos profectum et erogatum est*: secundum sententiam Imolae et Alexandri, quos refert et sequitur Nemaus. *Quaest.* 21.

4. (d) Neque tamen haec ipsa regula caret exceptionibus: I. Quod liberis est praelegatum ab ipsis parentibus, id non confertur, ut demonstratum est ex *l.* 1. §. 7. *et* 19. *h. t.* II. Donatio simplex a parente facta liberis, quia tam pater, quam mater, aliique adscendentes, aliquid uni e liberis *absolute* donantes; satis indicant, id se nolle conferri, quia tum non esset donatio vel liberalitas adversus illos solos quibus donarunt. *l.* 18. *C. Famil. ercisc.* Excipitur casus non infrequens, si Parentes quibusdam e liberis donationem propter nuptias vel dotem dederint, uni vero, qui se a Parentibus non segregaverit, tantumdem fere donaverint simpliciter, cum reliqui dotes suas donationesque propter nuptias deinde conferunt, aequitatis ratio dictat, hanc quoque simplicem donationem, quae ad aequandam ejus rationem cum caeteris liberis est facta, conferri debere, *l. pen.* §. 1. *C. h. t.* quae exceptio firmat Regulam in caeteris. Huic tamen thesi graviter obstat lex 13. *C. h. t.* ad quam varias responsiones proponit D. Wissenb. *ad h. tit. th.* 12. et praefert Cujacianam, quae vult ab intestato liberos conferre donationem, non si e testamento succedatur. 3. *Obs.* 30. Sed haec distinctio absorbet regulam. Tempore enim Diocletiani et Maximiani, qui sunt auctores *d. l.* 13. collatio non fiebat e testamento, nisi Testator eam fieri praecepisset. *l.* 1. §. 6. *h. l.* 10. *C. h. t.* Ergo si donatio conferatur ab intestato, regula est, *eam conferri*; quia Collatio per se non habebat locum nisi ab intestato, eo, inquam, tempore *d. l.* 13. Quid si hoc modo? Primo quidem de liberis non suis manet regula, donationem non conferri, quam adstruximus. Lex 13. sic ait: *Si fundus tibi filiaefamilias constitutae a Patre donatus est, cum sorore Patri communi succedens eum praecipuum habere*

(c) *Pos.* 3. *et* 4. (d) *Pos.* 6. *et* 7.

contra jura postulas. Filiafamilias igitur donationem conferre cogitur, non liberi extra Patriam potestatem constituti. Quid ita? quia donatio facta filiofam. est invalida propter vinculum patriae potestatis: *l.* 1. §. 1. *D. Pro donato.* Proinde non videtur e bonis paternis alienata res, sed conferenda. Solet quidem dici, morte Patris convalescere donationem, ex *l.* 25. *C. de donat. int. Vir. et Ux.* Sed hoc usque eo valere, ut etiam collatio prohiberetur, necesse dictu non fuit. Hodie sane quidquid *de l.* 13. sit statuendum, non dubitabimus, quin donatio generaliter sit extra collationem posita, excepto casu *d. l. pen.* §. 1. quae in aliis casibus non conferri donationem, tradit atque supponit. Adde super hoc quaesito Vinnium *de Coll. c.* 25.

III. (e) Regula cessat in iis, quae Parens dignitatis adquirendae causa filio donavit. *l.* 1. §. 16. *h. t.* quatenus hoc non incidit in nundinationem dignitatum Legibus prohibitam, quae collationis honore minime digna haberi potest. Imo de omnibus militiis sive muneribus, quorum venditio publice permissa est, videtur dicendum, in iis non cessare collationem, per *l. pen. in pr. C. h. t.* ubi non conferatur ipsum pretium, sed lucrum e tali militia usque ad mortem parentis perceptum. Quid videtur de moribus hodiernis, quatenus multae dignitates apud plures populos venales habentur, ut non modo de Gallia, sed etiam de pluribus aliis populis constat? Puto non erraturum, qui sic statuat: Liberos, pro quibus Parentes emerunt officia, conferre debere, vel pretium quod Parentes expenderunt, vel lucrum quod ex illis officiis redactum est, deducto pro ipsis operae suae pretio *per d. l. pen. in pr.* Verum quod honoris causa pro dignitate filii, non ut pretium dignitatis erogatum est, non videtur esse conferendum. *d. l.* 1. §. 16. *h.*

IV. Exceptio est in his, quae parentes liberis suis studiorum causa prorogarunt,* nisi constet, eos animum habuisse credendi, *l.* 50. *D. Famil. ercisc.* de quo si non constat ex aliquo facto, filii hoc habent praecipuum, etsi res aliquando sit durioribus circumstantiis. Mater quaedam, inscio marito, sumpserat mutuo duo millia florenorum, quae filio peregre agenti subministraverat, ut studia absolveret honoresque doctorales caperet. Haec obligatio, forte soluta, reperta erat in matris haereditate, quam reliqui liberi filio isti, a quo consumpta erat pecunia, in diminutionem suae portionis offerebant. Sed frustra, cum aliud nullum maternae voluntatis argumentum existeret, isque ad privilegium *d. l.* 50. provocaret. Cujusmodi autem argumenta illa esse oporteat, petendum ex *l.* 34. *de Negot. gest.* et *l.* 15. *C. eod.* Quid si mortuo Patre, Fratres, quorum unus erat studiis initiatus, in paternorum bonorum communione perseveraverint, an sumptus in consummationem studiorum erogati in Communionem imputandi? Affirmat. D. Wissenbach. *h. t. th.* 14. *arg. l.* 52. §. *ult.* et *l.* 59. §. *ult. pro soc.* Illi quidem textus vitio citati videntur. Tu dic, si Liberi expresse universalem societatem contraxerint, quod vix unquam fit, vera potest esse Wissenbachii sententia, per *l.* 73. *pro Soc.* verum si liberi bona parentum indivisa possederint, cum nulla sit inter eos societas, verum singuli suas in haereditate portione habeant, certum est, singulos onera quoque sua ferre debere; nec aliter in usu hominum rationibusque Curatorum, qui plurium pupillorum ejusdem patrimonii Curam administrant, *omni die servatur.* De libris studiorum causa emptis filio, non est recedendum a sententia *l.* 50. nisi majoris pretii bibliotheca sit collecta, quae cum pecuniariam recipiat aestimationem, quod de adquisitione doctrinae secus est, non liquet ratio, cur illa, quatenus superest, conferenda non sit, ut recte Busius ad *d. l.* 50. et Gudelin. 2. *de jur. noviss. c.* 19. De militibus idem quod de studiosis obtinere, non dubitatur, *l.* 4. *C. Famil. ercisc. l.* 11 *de Castr. pecul.* et *l.* 1. *C. eod.* quod de artibus mechanicis nusquam proditum est *l. ult. C. de Inoff. Testam.* Verumtamen in his etiam mechanicis non quidem meritum causae, sed praesumpta parentum voluntas efficiet, ut ne modicae impensae producendis liberis factae, illis imputentur neque conferantur, *arg. d. l.* 34. *de Negot. gest.* ubi de Alimentis, circa quae saepe etiam quaeritur, an sint conferenda, si quidam e liberis diutius alti fuerint a bonis parentis quam alii. Si factum hoc sit, postquam parentibus fuerint segregati, collatio videtur habere locum, nisi causae praegnantes

(e) *Pos.* 8.

* Etiam apud nos studiorum sumptus hoc privilegio fruuntur, quod confirmavit. *Dec. El.* 50. sive pater sive mater eos suppeditaverit. Carpzov. *P.* 3. *C.* 8. *def.* 17. nisi (1) Pater aliud voluerit, quod ex sola consignatione in libello facta, colligi nequit. *d. Dec.* Philipp. *ad eand. Obs.* 3. Finckelth. *obs.* 11. *n.* 6. *seqq.* Richt. *ad Auth. habita priv.* 6. *n.* 9. Diff. Carpz. *P.* 3. *C.* 31. *def.* 20. j. Hartm. Pist. *l.* 1. *qu.* 19. *n.* 5. Struv. *S. J. C. Ex* 37. *th.* 28. (2) male sint consumpti, *d. Dec.* §. f. (3) tanti sint, ut reliqui liberi legitimam non habeant salvam, *d. Dec.* Hart. Pist. *l.* 1. *qu.* 19. *n.* 14. (4) bona adventitia filii pater administraverit, cum sic ex filii potius bonis, quam ex suis, sumptus studiorum suppeditasse censeatur, secundum sententiam Carpz. *P.* 5. *C.* 11. *d.* 19. Philipp. *ad d. Dec. Obs.* 2. j. Carpz. *l.* 8. *Resp.* 71.

pietatis et miserationis appareant; Secus, si ante segregationem hac parte quaedam arguatur disparitas. Plerumque enim liberi vel suis operis victum mereot, vel Parentis voluntas a eredendi animo et repetendis impensis aliena est. Quibus in rebus opus est prudentia judieis, arbitrioque et aequitatis moderatione, secundum *d. l.* 34. Limitationes alias vide apud Faebinaeum *lib.* 5. *cont. c.* 73. Denique, sumptos nuptiales, item vestes, mundus muliebris, inaures, armillae, aliaque proamenta solent extra eollationis Legem haberi, uisi pater eliud dixerit, ut saepius usu venit; adde sis, etiam nisi magni sint pretii, praesertim si adhue supersint. Vide Gailium 2. *obs.* 91. *n.* 2. Tulden. ad *h. t. C. n.* 10. Perez. *ibid. n.* 16. Gudelin. *d. Cap.* 19. Denique, peeoniam pro liberis ab hostibus redimeodis expensam non eonferri, vult ratio aequitatis et miserationis. *l.* 17. *C. de postlim. rev.*

5. Sequitur artieulos, Qui conferant; in quo varietatem esse magnam juris antiqui et novi, ex superioribus intelligi potuit. Olim enim soli emancipati eonferebant Suis, quoniam illi soli his faeiebaut injuriam; Sui inter se non habebant collationis materiam, quia profeotitia et adventitia cuncta Patri communi quaesita, erant In haereditate, Castrensia vero et quasi non suberant eollationi. Nee inter emancipatos fiebat, etsi adquisitiones illorum fuissent inaeqoales; Hoc enim quisquo sine alterius injuria, eum ad haereditatem Patris nullo modc pertineret, retinebat: vide sis *l.* 1. *pr. et* §. 5. *l.* 2. §. 5. *et l.* 10. *h. t. l.* 15. *C. h. t.* Sed postquam sola conferri eoeperunt ea, qnae ex haereditate communi profeeta sunt, exceptis iis, quae diximus, res loquitur, jam nihil interesse suus an emancipatus sit quia auetus est ex bonis defuneti, verum omnes liberos parentibus utriusque sexus succedentes, iuter se conferre, quod e defuneti boois perceperunt; (f) olim, ut dietum ab intestato tantum, hodie quoque, ni prohibitum sit, testamonto facto, *d. l.* 17. *C. h. Nov.* 18. *c.* 6. *Auth. Ex testamento. C. h. t.* Proinde etiam ubi diverso jure suceeditur, qua de re olim varie dubitatum fuit, ut ex jure veteri deduxit Vinnius *d. tract. de Collat cap.* 6. Sub liberis etiam nepotes et pronepotes continentur, qui non modo descendentibus ejusdem, sed et liberis primi gradus conferre tenentur, scilicet ex persona parentum suorum, quos repraesentant, *l.* 17. *et l.* 19. 20. *et Auth. Ex Testam. C. h. t.* junet. *l.* 7. *h.* idque tametsi non sint haeredes suorum Pareutum, *argum. l.* 149. *et l.* 177. *de R. J.* Etenim Collatio est onus successionis, qua nepotes admoventur avo aviaeque defunetis, quibus jure proprio non tanquam Haeredes suorum parentum praedefunctorum succedunt; attamen ita ut repraesentent suos parentes pariterque tantum capiant, quantum illi fuissent habituri, consequenter et onus, quod illi tulissent, agnoseere debent, ne plus auferant, quam illi ferre potuissent. Atque ita satis in Foro constanter observatur. (1)

Qua occasione saepe quaesitum est, an nepotes, qui non sunt haeredes suorum Parentum, conferre debeant aes alienum, quod sui Parentes defuneti avo aviaeque debebant. Species facti talis est; Titius habens quatuor liberos, singulis dedit dotem donationemve propter nuptias, fere aequales. Sed uni ex illis minus feeundos rerum successus habenti dedit aliquot millia mutuo, quorum obligationes in haereditate reperiuntur. Mortuo filio isto aeris alieni reo, liberi, nepotes defuneti, repudiata patris haereditate, cum caeteris Avi haereditatem adeunt, et admittuntur, non ut haeredes suorum Patrum, sed tamen ut hos repraesentantes. In haereditariam portionem suam adsignantur illis obligationes aeris alieni, sive nomina Parentum, quae recusant: Ajunt, se non esse haeredes suorum Parentum, ideoque non cogi agnoscere eorum aes alienum. Replicant caeteri: Non agnoscetis ut haeredes, sed tamen ut repraesentantes Parentem vestrum, ne plus habeatis, quam ille accepturus fuisset. Duplicant nepotes, Parens noster suum aes alienum tulisset, non ut haeres jure collationis, sed ut debitor jure obligationis: Prius illud nos tangit, non posterius. Proinde cum aes alienum non sit

(f) *Pos.* 9. *et* 5.

(1) *De jure verius puto, nepotes avo succedentes, non debere conferre ea quae parentes ipsorum acceperant, si nempe ea ad nepotes non pervenerint, puta quod parentes eorum ea dilapidaverint aut aliter amiserint: idque tametsi sint haeredes suorum Parentum, Etenim ea tantum sunt conferenda, quae ex substantia ascendentis cui succeditur, ad descendentem succedentem pervenerant, hic autem nihil ad istos nepotes pervenit. Addi potest, quod non sint conferenda ea quae casu perierunt,* l. 2. §. 2. de collat. *dilapidatio parentum certe est casus fortuitus respectu istorum nepotum. Nec quidquam facit quod veniant ad successionem avitam jure repraesentationis, per hoc enim tantum repraesentant gradum parentum, non personas, neque propterea quod non conferant majorem partem haereditatis capiunt quam parentes eorum accepissent: eamque parentes eorum nunquam fuerint obligati ut conferant, quia haereditatem nunquam adierunt aut adire potuerant, nepotes non possunt dici obligati ut conferant. quod dicitur collationem esse onus successionis, verum est, si ille succedat ad quem jam aliquid pervenit. Textus quibus Auctor utitur supponunt illud quod conferendum est ad nepotes pervenisse.* l. 149. l. 177. de R. J. *hac non pertinet, non enim nepotes succedunt avo ex persona aut jure parentum, sed jure suo, utpote vocati a lege.*

materia Collationis, nos ad coofereodum illud non tenemur. Quod est verum; Confertur enim quod non est in haereditate, sed in bonis cohaeredis. *l.* 6. *C. h. t.* Atqui aes alienum est in bonis defuncti ereditoris, non ejus qui debet. *l.* 49. *de V. S.* Avus ereditor hoc aes alienum vivus repetere potuit, eoquo aoimo eredidit, ne post mortem demum conferretur: Ideoque terminis babilibus collationis in eo non existentibus, nepotes ad collationem teneri non possunt. Ita consulti respondimus atque ita judicatum est.

Prodita autem est *Collatio* tantum in Descendentibus. Adscendentes et Collaterales nusqusm Jure Collationis uti legnntur. * Exompli gratia; Patruus aut Matertera fratris aut sororis liberos reliquit baeredes; uni ex illis viva dotem vel donationem propter nuptias dedit. Reliquis nihil dedit. Hi petunt, ut frater aut soror id, quod e defuncti substantia ad illum illamve pervenit, in commune conferat, ut aequaliter partiantur. Quaeritur, ao teneatur. Non tenetur, sed quod accepit, babet praecipum, si defunctus aut defuocta secus non praeceperit; Collatio legibus nusquam injungitur. Cur minus in Patrui quam io Patris successione? Ratio quaerenda videtur in affectione Parentum, qui cum Liberis aequaliter ad alimenta, quorum respectu baereditas debetur, praestanda teneantur, ipsam baereditatem aequaliter illis relinquere voluisse praesumuntur. Cui praesumptiooi et aequalitati consentaneum est, ut quod uni prae caeteris aotea datum est, id post mortem in commune conferatur. Sed reliqui Testatores, extra Parentes, in eo quod viri quibusdam haeredibus dederunt, promiscuo liberalitatis arbitrio usi videntur, non ut cum caeteris, quibus nihil dedere, conferatur. Atque ita juris et observantiae indubitatae est; Quemadmodum etiam, si descendentes cum extraneis succedant, his etiam nihil conferunt. *l. ult. C. Comm. Utriusque judic.* Que in re notandum est ἀπροσδόκητον: Nepotes ex filio pro extraneis haberi posse, quando filius est superstes, quia tunc avus hos instituere vel Legitimam illis relinquere, cum Pater eos praecederet, non cogebatur. Ubi autem Legitima non debetur, ibi nec Collationis esse facultatem, satis exploratum est. Unde regula: *Quae computantur in Legitimam, etiam ab intestato conferuntur. l.* 20. *in pr. C. h. t.* Tu vide Sandium *lib.* 4. *tit.* 10. *def. un.*

6. (g) Sequitur modus conferendi, qui triplex proditus est, ut vel Re fiat, vel Cautione, vel Remissione. Re, cum res aut pecunia repraesentatur. *l.* 1. §. 11. *h.* Cautione, cum fidejussor, vel pignus datur. *l.* 1. §. 9. Remissione, cum is, qui conferre debet, tanto minus ex reliquis bonis capit. §. 12. Unde colligitur, non praecise res ipsas, sed rem vel aestimationem conferri. Ab his tribus modis videtur esse diversus modus, quem in tritura forensi usuque hominum fere sequimur; Primo recensentur Facultates et commoda Haereditatis, interque ea pecuniae, quas singuli haeredes conferre debent. Hae cum caeteris pecuniis in haereditate repertis, vel ex haereditate redactis, cumulantur, atque in Summam rediguntur; cujus singulis portio baereditaria adsignatur; Deinceps in solutionem datur singulis primo, quod conferre debent, *respective* ut ajunt. Videtur esse modus ille *brevis manus*, ex eo, qui Re et qui remissione fit, quodammodo mixtus. Sed an conferentes etiam ad usuras teneantur? Respondetur, eos teneri, a tempore mortis, vel potius a tempore morae, quia divisio haereditaria est bonae fidei, §. 28. *Inst. de Act.* non debetur a tempore, quo liberi pecunias a vivis parentibus acceperunt; quoniam ante mortem parentis ad collationem non tenebantur, atque ita judicatum io Curia nostra, *inter Egbertum Dominici cum soc. et Antonium. atque Johannem Jacobi* 29. *Mart.* 1642. Hinc judicandum fuit de tali specie. Cajus et Caja conjuges, quibusdam e liberis suis dederant dotes et donationes propter nuptias. Cajo mortuo, liberi bona Paterna diviserant, sine collatione. Duodecim post annis Caja matre mortua de collatione est actum; Qui nihil acceperant, petebant usuras saltem a morte Patris; Respondi, usuras dimidiae partis, respectu haereditatis paternae, currere a tempore divisionis illorum bonorum, quae tum facienda fuisset Collatio, quatenus a Patre facta erat donatio. Respectu maternae haereditatis non deberi usuras. *Kalendis Junii* 1688. Quod si paterna bona post obitum matris divisa demum fuerint, usurae plane non currere, dicendum, quia mora tum nulla commissa Videtur.

7. (h) Porro collationem recusanti cohaeredi, jura quoque et actiones baereditarias negari non est dubium. *l.* 1. §. 13. *h.* Quid autem si cohaeres, qui conferre deberet, contentus sit nihil de rebus aut actionibus haereditatis percipere, sed omnia relinquere suis fratribus et sororibus, qui tantum inde redigere non possunt, quantum alter e vivis parentibus jam pridem

(g) *Pos.* 10. (h) *Pos.* 11. *et* 12.

* Quoties tamen apud nos Uxor marito succedere cupit, non modo quae a marito accepit, sed etiam omnia sua bona conferre tenetur. *P.* 3. *C. El.* 20. (vid. supr. *P. I. p.* 293.) mediante inventario vel specificatione jurata. Carpzov. *ad d. C. def.* 9. Regulariter autem hanc conferendi necessitatem, in uxoribus ex statuto succedentibus deficere, monet id *l. c. def.* 7. Berlich. *P.* 3. *Concl.* 27. *n.* 48.

acceepit, an potest ad conferendum compelli? Saepe nobis hujusmodi species efferuntur. Parentes bonis temporibus liberis suis eatu majoribus dederunt luculentas dotes aut donationes propter nuptias. Deinde correctatis temporibus et patrimoniis, mortui parum in bonis reliquerunt, ut Liberi iuciereas parum aut nihil inveniant. Quaeritur, an majores natu dotes suaque donationes nuptiales uonferre cogantur in medium. Respondendum est, Si Liberi majores haereditatem adierint aut se pro haerede gessarint, ees teneri ad conferendum, atsi multo plus sint collaturi, quam denue percepturi. Tenentur eeim tunc ut haeredes oneribus haereditariis. Qued si haereditatem repudiaverint, non tenentur; quia collatio est onus et consequentia successionis. *l.* 1. *C. de Collat.* ubi; *Successionem obtinentes.* et *l.* 16. *C. eod. Patri succedentem, et passim.* ie terminis autem in *l. ult. de dot. collat.* Rursus ex usu facti quaesitum; Filia cum genero Patri daus apocham, in ea promiserat, se post mortem Parentis dotem esse collaturam. Juniores liberi, cum pest obitum Parentis, dimissis crediteribus nihil essat in mediu, sororem natu majorem ex illa promissione conveniebant, ut conferret dotem inter se partiendam Respondi consultus, eam tamen non videri ad conferendum cogi posse; quia promissio collationis supponit qualitatem haeredis; qua deficiente, sicut collatio, sic etiam promissio Collationis cessare videtur. Filia vere ie illo easu renunciaverat haereditati Paternae. Quo oasu dotem quoque premissam et non solutam a fratribus qui haereditatem adierunt, peti posse responsum est *in d. l. ult. de dot. collat.* Sed non fuerat ibi promissa collatie. Ex promissione vore dari actionem adversus nen conferentem quanti ea res erit, habctur in *l.* 5. §. 1. *et ult. h. t.* Sed agitur ibi de bis, qui pest mertem Parentis premiserunt. *in pr.* Neu est igitur, ut ex promissione Collationis vivis parentibus facta, quisquam teneatur, quia neo aditio haereditatis tum facta valet, ut suo loco intelleximus. Si quis autem negaverit Collationem, credens tantum pro sua parte non superesse, quantum collaturus sit, videturne repudiasse, an adhuc admitti poterit? Benignier senteotia praevaluit, ut variantes non repellantur, neque mutantem consilium Praetor adspernetur. *l.* 8. *h. t.* Caeterum, quod de dote non conferenda, si is qui acceepit, nen adeat haereditatem, diximus, id saltem cum exceptione Legitimae accipiendum, ut liberi juniores inofficiosas Dotes revocare possint ad quantitatem Legitimae suae *l. un. C. de inoff. dotibus.*

TIT. VII.

DE DOTIS COLLATIONE.

(a) Nihil crebrius hodie confertur, quam Des et donatie prepter nuptias, *l.* 19. *et l. pen.* §. 1. *C. h. t.* olim et adventitia, sed hodie profectitia taetum, id est, quae ex bonis defuncti Parentis, etiam matris prefecta sunt. *l. ult. C. de Collat.* Confertur autem qued de dote recuperari potest, l. 1. §. 6. *h.* quod limitatur ex *Nov.* 97. *c. ult.* ut si filis majorennis et sui juris, virum non excusserit, vel filiafam. patrem non monuerit, solidam dotem praestet. Caetera, quae ad conferendam dotem pertinent, ex titule praecedenti ἀπὸ κοινοῦ repetenda; Parum enim abest, quin totius tituli de *Collationibus* argumentum in Collatione Dotis et donationis Nuptialis consumatur.

Verum enimvero, quod de Dote non conferenda si absque filiae culpa deperdita sit, diximus, usu Fori nostri non servatur, quod etiam scribit Alciatus 4. *parerg C.* 9. ut de moribus Hollandiae Vioeius *tract. de Collat. c.* 2. §. *ult.* Cujus *moris*, ait, *haec est ratio*, *quod Patria potestas apud nos matrimonio solvitur, ut proinde filia ad dotem repetendam, Patris consensu non indigeat.* Sed haec ratio non sufficit; quia praedicta *Nov.* 97. *cap. ult.* et *Auth. Quod locum C. h. t.* sumpta, loquuntur tam de filia sui juris et majorenni, quam quae est in Patria potestate. Proinde sit haec potius ratio, quod dotes proprie dictae vix amplius ullae sunt, utique pecuniae liberis datae a Parentibus ad sustinenda matrimonia, non sunt dotes, quae Viris debentur, sed a filiis filiabusque in communionem conjugalem inferuntur, an ite paraphernalia fiunt, ut *supra de Jure Dotium* probavimus. Unde, quod de dotibus antiqui moris sancitum est, ad ros diversi instituti non pertinet. Quod si parens non filiae, sed genero dotem nominatim dederit, quod raro fit, apud nos forte, a *d. Auth. Quod locum.* non fuerit recedendum, quod quidem attinet ad filias majorennes.

(a) *Pos. un.*

TIT. VIII.

DE CONJUNGENDIS CUM EMANCIPATO LIBERIS EJUS.

(a) Jure Praetorio filius emancipatus succedebat; et ejus filius in potestate retentus jure civili. Sed ne uni stirpi geminus successio advolveretur, Praetor in tali casu filium emancipatum cum nepote jungebat, ut pro uno fungerentur.

2. (b) Sed cum hodie nepotes, licet sui, ab intestato veniant post filium, quamvis emancipatum, Nov. 118. cap. 1. nihil opus est hoc remedio.

TIT. IX.

DE VENTRE IN POSSESSIONEM MITTENDO, ET CURATORE EJUS.

I. Ventre praeterito, valere testamentum. II. Sed interim decernitur bonorum possessio contra tabulas. III. Qualis sit haec. Et usus hujus tituli.

(a) Ventre, sive filio postumo exhaeredato, valet testamentum, donec eo nato per querelam rescindatur §. 2. *in fin. Inst. de inoff. Test.* Ventre praeterito, valet testamentum, donec agnoscendo rumpatur §. 1. *I. de exhaered. liber.*

2. (b) Sed interim decernitur ventri bonorum possessio contra tabulas, Curatorque datur bonis donec mulier pariat aut abortiat. *l.* 1. *pr.* §. 2. *et* §. 17. *h.* Interim alitur mulier eo modo, qui praescribitur in §. 19. *et.* 20. sd. §. *pen. ejusd. l.* 1.

3. (c) Aliquando est Decretalis haec bonorum possessio; Si mater negetur uxor esse, aut nurus, vel ex defuncto concepisse, quia tunc opus est causae cognitione. *d. l.* §. 14. Hic titulus hodieque jure novo locum habet, ut ex eo, quod in pr. diximus, colligitur. Dissent. Corvin. *h.*

Sed adde Carpz. III. 17. def. ult.

At vero est, non modo his diebus, sed etiam jure novissimo, ventri tam exhaeredato quam praeterito, esse dandam hanc bonorum possessionem, quia non postest hodie fieri, post *Nov.* 115. *c.* 3. ut exhaeredatio posthumi, in quem nulla potest cadere ingratitudo, habeat effectum exclusionis ab haereditate; ut adeo effectus idem sit exhaeredationis hac parte, qui jure veteri fuit praeteritionis ut recte observat Wesenb. *ad h.t it.* Adde Carpz. *d. loco.*

TIT. X.

DE CARBONIANO EDICTO.

I Sententia Edicti. II. Quaestionem, a n impubes sit filius, aliquando non differri III. Qualis sit bonorum possessio quae ex hoc Edicto datur, et usus hujus.

(a) Edictum Carbonis habet hanc sententiam; Impubes praeteritus, qui negatur esse filius defuncti, habet decretalem bonorum possessionem ex Carbon. edicto, et si satis dederit, jura haeredum exercet, usque ad pubertatem, quo tempore quaestio terminanda est. *l.* 1. *pr. et* §. 1. *et l.* 5. *pr. et* §§. *seqq. h.*

2. (b) Aliquando tamen et statim quaestio status ventilatur, *l.* 3. §. 5. *h.* si nempe liquest, posse in favorem pupilli decidi. Idem est, si mater sola subjecti partus rea postuletur. *l.* 1. §. *ult.* et *l.* 3. §. 2. *eod.*

3. (c) Est autem haec bon possessio ab intestato et contra tabulas, in casu praeteritionis. *l.* 3. *pr.* Scriptis haeredibus, aut exhaeredatis, non datur, *dd. l.* nisi *posthumus sit scriptus*, *et negatur esse filius. l.* 1. §. 8. *et l.* 3. *in pr. h. t* Thomas. ad *posit. ult. h. t.*

Quominus hujus tituli usus hodieque maneat, nihil impedimento est. Si quis impubes praeteritus, aut in casu intestati pro filio defuncti habitus, negetur esse filius, quidni mittatur in possessionem, quaestione principali, an filius sit, post pubertatem differenda? Sed quia tales causae dilationibus ordinariis hodie tractantur in judiciis, facile contingit, ut provisio, qualis in hoc judicio esse deberet, cum principali quaestione confundatur, praesertim si adolescens sit proximus pubertati, quomodo accidit in celebri causa, quam *hac P. III.* retulimus ad *tit. de Agnosc. et Al. l. p.* 220. Conclusio prius a Patrono pueri, facta erat *Provisionalis;* sed disputandi calore eo provecti sunt ut partes dein consenserint atque a Curia petierint, ut ex Actis et probatis Quaestio principalis una feria decideretur. Danda est opera Advocatis, *ut hoc notent et caveant.*

(a) *Po.* 1. (b) *Pos.* 2. (a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 2. (c) *Pos.* 3. (a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 2. (c) *Pos.* 3.

TIT. XI.

DE BONORUM POSSESSIONIBUS SECUNDUM TABULAS.

(a) Fuerunt species contra tabulas Bonorum possessionis. Sequitur secundum illas. Etenim scriptis haeredibus qui jure civ. subtilitate aliqua excludebantur, dabat Praetor possessionem secundum tabulas, si modo tabulae septem testium signa praeferrent, *l. pen.* §. 2. *h.* nisi ab initio constaret, liberos contra tabb. petere posse. *l.* 2. *pr. h.*

2. (b) Utilitatis causa, et quod remedia Praetoria faciliora in foro erant expeditionis et molliora habebantur, extensa fuit haec possessio ad quoslibet haeredes scriptos, *l.* 8. §. *ult. h.* quin et haeredibus nuncupativo testamento institutis, utilis est haec ipsa possessio. *d.* §. *ult.*

3. (c) Non est hinc aliena missio in possessionem, ex *l.* 3. *C. de Edict. D. Hadr. toll.* quae datur his, qui tabulas testamenti praeferunt integras, nec vitii manifestas; *de quo suo loco.*

TIT. XII.

SI A PARENTE QUIS MANUMISSUS SIT.

I. Continuatio. Quo sensu filius manumitti dicatur, et qualis haec bonorum possessio. II. Casus, quibus cessat. III. Modus ejus diversus.

(a) Expositae sunt possessiones contra et secundum tabulas. Subjiciuntur appendices duae, ad contra tabulas una, ad secundum altera pertinens. Jus parentum in liberos olim ferme idem fuisse, quod dominorum in servos, *alias* probatum est. Adeo quidem, ut Pater filium e potestate sua dimittens, eum *manumittere* diceretur, quod exprimit haec Rubrica, et latius a nobis expositum est in *lib.* 1. *Digress. c.* 4. §. 3.

Pater a filio manumisso, sive emancipato praeteritus, habebat bonorum possessionem contra tabulas, *l.* 1. h. in constitutam portionem, quae trientis erat, vel si persona turpis esset haeres instituta, ad tota bona *l.* 3. *h. t.* quo sine dabatur etiam Querela inofficiosi, ex jure antiquo, *d. l.* 1. §. *ult.* qua hodie non esse opus, post *Nov.* 115. *c.* 4. monet Thomasius in schol. ad *posit.* 2. *h. t.* Atqui nec olim ea fuit opus, ut apparet ex *d. l.* 1. §. *ult.* Sed verum est, ex emancipationis sine manumissionis jure non fluere jus parentis, sed ex jure propinquitatis, quod parit querelam in *d. N.* 115.

2 (b) Caeterum, haec bonorum Possessio cessat, si pater pro emancipatione pecuniam acceperit, vel vivus a filio legitimam perceperit, *d. l.* 1. §. 3. aut miles factus sit filius, §. 4. vel pater coactus emancipaverit. *l. ult. h.* Denique, olim hoc jus ita demum parenti competebat, si contracta fiducia emancipasset, id est, si praeter et post secunda mancipationem, emptori imaginario factam, tertia vice filium ipsi mancipans, adjecerit pactum, ut ne emptor filium manumitteret, verum sibi patri naturali remanciparet, quod pactum Fiduciae vocabatur, ut latius in *d. cap.* 4. *n.* 3.

3. (c) Nam si patri fiduciario filium simpliciter mancipasset *Parens*, et is manumisisset, tum ipse pater fiduciarius pro patrono habitus fuisset; ipsi autem patri naturali eo casu non dabatur haec bonorum possessio, sed alia quae vocabatur, *Unde decem personae*, *Inst. tit. de bon. poss.* §. 1. Verum hodie ex Justiniani Constitutione, sublatis veterum solemnitatibus, et imaginariis venditionibus, et sublata bonorum possessione *Unde decem personae*, semper censetur pater emancipasse contracta fiducia, et indistincte habet jus Patroni in bonis liberorum. §. 2. *I. ibid. ult. C. de emancip. lib.*

TIT. XIII.

DE BONORUM POSSESSIONE EX TESTAMENTO MILITIS.

(a) Ex testamento militis datur possessio secundum tabb non contra *l.* 27. §. 2. *de inoff. testam.* Et militibus quoad testandi jus aequiparantur remiges, et quicumque in solo hostili egunt. *l. un. h. t.*

Quare autem militibus testamentum per bonorum possessionem contra tabulas non impugnetur, uti nec Querela Inofficiosi, dictum est alias et constat ex *l.* 27. §. 2. *D. l.* 9. *de Inoff. testam.*

(a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 3. (c) *Pos.* 3. (a) *Pos.* 1. *et* 2. (b) *Pos.* 3. *et* 4. (c) *Pos.* 5. *et* 6. (a) *Pos. un.*

TIT. XIV.

DE JURE PATRONATUS.

I. Triplex jus Patron. et prima species. II. Secunda, quae est hujus Rubricae. III. Tertia, quae est juris Canonici.

Jus patronatus apud JCtos omnino triplex celebratur: Primum respicit ad clientes, secundum ad Libertos, tertium ad Sacerdotes. Primum jus patronatus fuit, quo tenuioris fortunae homines, se ad potentioris alicujus ductum atque praesidium applicabant, quibus illi vicissim officia et obsequia praestabant, de quibus accurate Dionysius Halicarnass. *lib.* 2. et Plutarchus in *Romulo*, atque hujusmodi clientum in jure non infrequens occurrit mentio, in *l.* 3. *de usu et habit l.* 5. §. 1 *de His qui dejecer, et alibi passim.* Quia vero Patronorum munus erat, protegere clientes et defendere in judicio, hinc patroni postea, qui causam aliorum in judicio defendebant, appellati sunt, et clientes, qui se aliis defendendos committebant, *l.* 1. *et* 14. *C. de Advoc. divers. judiciorum.* Ovid. *lib.* 2. *de Amor.*

Qui modo Patronus, jam cupit esse cliens.

2. (a) Ex priore significatione fluxit alia, per quam liberti manumissoribus suis jure Patronatus obnoxii dicebantur; nec enim honestior et simul ad rem justior inveniri potuit comparatio. Atque hic est hujus Tituli sensus. Jus autem Patronatus, tam inter vivos quam mortis causa exercetur. Inter vivos sunt obsequia, officia, munera, de quibus *in seqq. tit.* et alimenta, si egeant, quod ad liberos patronorum extendebatur, *l.* 5. §. 18. *et seqq. de Agnosc. et Alend. lib.* de quo apud *Tit. de Bonis Libert.* et quo respectu datur praeteritis patronis bonorum possessio contra tabulas. *l.* 21. *pr. et* §. 1. *h. t.* Amittitur hoc Jus Patronatus, quando Patronus inopem libertum alere recusat. *l.* 5. *in fin. h. t.* Exactione jurisjurandi illiciti, ut quod libertati adversetur, aut utilitati publicae. 24. *de Bon. Libert.* Finitur etiam, quando libertus ob ingratitudinem *in servitutem* Patroni redigitur, ut si delatores ei submiserit, *l.* 5. *pr. h.* ex Edicto Claudii, ut patet ex *d. l.* 5. *et* Suetonio in *vita Claud. C.* 25. Non tamen ob quamlibet ingratitudinem *ἀναδουλοῦται*, *servitute mulctatur*, ut patet ex *l.* 1. *et l.* 7. §. *h. t.* qui textus conveniunt cum eo, quod Tacitus refert, cum relatum esset, ut *adversus male meritos libertos revocandae libertatis jus patronis daretur*, Caesar ita scripsit Senatui; *privatim expenderent causam libertorum, quoties a patronis arguerentur, in commune nihil derogarent. lib.* 13. *cap.* 26. *et* 27. Adde Wissenb. *h.*

3. Tertium jus Patronatus, est ex jure Canonico, *Facultas praesentandi aliquem ad munus vacans Ecclesiasticum*, et competit iis fere, qui templum aedificarunt, dotarunt, aut fundaverunt, *c. illud in fin. c. nobis fuit* 25. *X. de jur. Patronat.* ejusque rei similitudo extat in jure civili, *Nov.* 57. *c.* 2. *Nov.* 123. *c.* 18. Quanquam autem hoc jus sit ex Canonibus Pontificiis, atque a simplicitate Evangelica remotum, tamen inter Protestantes etiamnum viget, inter alia multa instituta voluptatibus aut ambitioni servientia; ut etiam a Pontificiis hominibus exerceatur, quod tamen apud nos prohibitum; Habent hinc possessores immobilium cujusque pagi jus praesentandi, ut tamen alieni a Religione reformata excludantur. Longe satius est eam rem Ecclesiae committere; Omnino tamen illicitum esse jus illud Patronatus, dicendum non videtur, cujus rei locus alius est *examinandi* (1).

TIT. XV.

DE OBSEQUIIS PARENTIBUS ET PATRONIS PRAESTANDIS.

(a) Officia, quae Liberti patronis suis debent, sunt vel obsequia, vel operae. *l. ult. D. Si ingenuus*, ubi, *sive operae petantur, sive obsequium desideretur.* Obsequium significat hoc cultum et reverentiam. Ita Justinianus in *Nov.* 78. τὸ καλούμενον ὀψίκιον explicat, per πᾶσαν

(a) *Pos. un.* (a) *Pos.* 1. *et* 2.

(1) *Bene, quod Auctor fateatur jus Patronatus, quod ex jure Canonico est, non esse illicitum: jus hoc Ecclesiarum Fundatoribus Canones gratitudinis ergo concesserunt. Neque institutum Ecclesiae fuit voluptati aut ambitioni servire, cum Canones hoc maxime agant, ut omne voluptatis et ambitionis studium reprimant. Quod si quisquam ambitionis aut voluptatis causa hoc jus adquireret, is certe procul a spiritu Ecclesiae aberraret, et contra Canonicas sanctiones ageret.*

αἰδῶ καὶ τιμὴν, *omnem reverentiam ac honorem*. De his est summa regula; *Liberto et filio semper honesta et sancta persone Patris ac Patroni videri debet*. *l*. 9. *h*. Hinc non possunt eos sine venia Praetoris in jus vocare, *l*. 4. *et l*. 12. *de Jus voc*. Non possunt adversus eos actionem movere famosam, nec opponere talem exceptionem. *l*. 2. *l*. 5. §. 1. *h*. *et l*. 11. *de dol. mal*. Non possunt ab illis exigere juramentum calumniae *l*. 7. §. 3. *h*. *t*. Atqui juramentum calumniae *neque* Patrono *neque* Parentibus remittitur, est in *l*. 34. §. 4. *de Jurejur*. Non liquet alia responsio, quam χειρουργική: Legendum esse *aeque* Patrono *atque* Parentibus. Cujac 9 *abs*. 37. et valeat non tam auctoritate; quam necessitate. Tamen et auctoritas adest Basilicorum, qui vertunt ita, Ὅτι οὐκ ὄμνυσι πατὴρ ἢ πάτρων, *quod jusjurandum non praestat pater aut patronus*. Sit igitur isti tum temporis legerunt. *d. legem* 34. Denique, liberi et liberti non possunt Patronos atque Parentes in solidum excutere, sed tantum quatenus facere possint. *l*. 7. §. 1. *h*. *t*.

LIB. XXXVIII. TIT. I.

DE OPERIS LIBERTORUM.

Post obsequia sequuntur operae Libertorum. * Quemadmodum domini a servis operas, tam mere personales, quam fabriles et lucratorias percipiebant, (quomodo Crassus dives integras fabrorum familias habebat servorum, quos ingenti suo lucro per urbem exercebat, ut testis est *in ejus vita* Plutarchus) ita postquam manumiserant eos, de singulis operarum speciebus quasdam reliquias servabant; quas etiam servi incitandae spei futurae libertatis, libenter promittebant. (a) Igitur Operae sunt diurnum officium. *l.* 1. *h.* Dividuntur in artificiales et et officiales. Artificiales, quarum praestatio pecuniaria utilitate constat, veluti fabriles. *l.* 6. *h.* Officiales ad personam patroni pertinent. *l.* 3. §. 1. *h.* Illae nonnisi promissae, hae quoque per se debentur, *l.* 26. §. 12. *de Condict. indeb.* nec transeunt ad haeredem extraneum, nisi quae vivo patrono cesserant, hoc est, indictae vel petitae fuerant. *l.* 29. Fabriles in quoslibet haeredes transeunt. *l.* 6. *et l. ult. h.*

2. (b) Solebat libertus patrono praeter operas etiam polliceri donum et munus; unde conjunctim *donum*, operas, munus, quae libertus patrono se praestiturum jurabat. *l.* 7. *in pr.* Hoc jusjurandum, ut et dotis dictio, referuntur inter species verborum obligationis a Cujacio in *pr. comm. de V. O.* contra quam Donellus *pr. ad d. tit. n.* 7. *et seqq.* Esse illas species obligationum, liquet e Cajo *lib.* 2. *Inst. tit.* 9. §. 4. *et seqq.* ubi post species quatuor contractuum, hasce duas recenset; esse verborum obligationes non sit idem; a fatendum, propius eas accedere ad hasce, quam ad ullam speciem aliam. Caeterum munus et donum differunt, ut genus et species. Nam donum est omnis liberalitas; Munus est donum cum causa, ut puta natalitium, nuptialitium. *l.* 194. *de V. S.* Alias donum est rei mus oris, munus in re leviori consistit, adeoque gradu haec tria differunt, donum, munus, xenium. *l.* 6. *in fin. de Off. Procons.*

TIT. II. ET III.

DE BONIS LIBERTORUM ET DE LIBERTIS UNIVERSITATUM.

(a) Jus Patronatus in successione Libertorum sine prole morientium, novissime constitutum fuit a Justiniano, aliter ab intestato, aliter testato. Ab intestato Patronus simpliciter succedit. Testato, distinguitur, utrum libertus ultra centum aureos in bonis habuerit, an secus. Si minus centum aureis reliquerit, Patronus impune praeteritur. Si major centenario sit, habet bonorum possessionem contra tabulas, olim in semissem, hodie in trientem. §. *penult. Inst. de Success. libert.* Aliter olim ex XII. Tabulis, Lege Papia, et Edicto Praetoris, teste Ulp. fragm. *tit. ult. d. tit. Inst. de Success. libert.* §. 1. 2. *et* 3.

(b) Quod juris est in libertis privatorum, idem exercent Universitates in suos libertos, habentque bonorum possessionem contra tabulas. Et hinc notandum; Universitates regulariter eodem jure uti, quo privati utuntur. Hactenus *ad tit. III.*

TIT. IV.

DE ADSIGNANDIS LIBERTIS.

(a) Jus patroni transit aequaliter ad liberos haeredes; nisi uni ex illis libertum adsignaverit Pater, quod potest pro arbitrio; sive testamento, seu aliis quibuscumque verbis; modo is cui adsignatur, in potestate sit. *l.* 13. §. 1. *h.*

(a) *Pos.* 1. *et* 2. (b) *Pos.* 3. 4. *et* 5. (a) *Pos. un. tit.* 2. (b) *Pos. un. tit.* 3. (a) *Pos.* 1.

* De operis rusticorum in Saxonia, videri potest *die Lands-Ordn.* d. Ann. 1555. *tit. Baufuhren.* §. *demnach. Corp. Jur. Sax. p. C. P.* 2. *C. El.* 51. *et Decis. El.* 33. quae eorum determinationem regimini Aulico reservat. Plenius de iis actum fuit a Mencken. in *Tract. ff. Synop. h. tit. p.* 458. *seq.*

2. (b) Quod si quis ex pluribus filiis in potestate retentis uni, simulque filio emancipato libertum adsignaverit, emancipatus per fratrem integri juris, cui junctus est, beneficio adsignationis fruetur. *l.* 2. *h. t.* Saepe alias hoc fit, ut quod quis a se non habet, per alium adipiscatur. Quod tamen caute accipiendum, neque tam late quam vult Thomasius *ad pos. ult. h.* Adde Wissenb. *ad h. t. th.* 9.

TIT. V.

SI QUID IN FRAUDEM PATRONI FACTUM SIT.

(a) Si patronus legitimam partem ex bonis liberti testati consequi nequeat, habet actionem Favianam; si intestati, Calvisianam; quibus revocat ea, quae in fraudem portionis suae legitimae sunt alienata, et quidem hae actiones sunt personales. *l.* 1. §. 26. *l.* 3. §. 3. *h.* Etsi non sint ex contractu, verum dantur adversus eos, qui Patrono non sunt obligati, sed in quos facta est alienatio. Neque tamen sunt ex aliquo jure in Re, ut in rem actiones nihilo magis esse queant, verum sunt in factum actiones. *arg. l.* 1. *in pr. l.* 10. *in fin. pr. quae in fraud. Cred.* Cujusmodi actiones sunt personales. *l.* 25. *de O. et A.* In fraudem vero facta videtur alienatio, quando facta est dolo malo inter vivos; aut mortis causa simpliciter, *l.* 1. §. 1. *h.* nisi facta sit in filium. §. 2. Quod secus est in alienatione judicii mutandi causa facta, quae per ultimam voluntatem facta, dolo malo facta non videtur. *l.* 8. §. 3. *de alien. jud. mut. c. f.* Caeterum, non adquirendo, libertus in fraudem Patroni alienasse non censetur. *d. l.* 1. §. 6.

TIT. VI.

SI TABB. TESTAMENTI NULLAE EXTABUNT, UNDE LIBERI.

(a) Fuerunt ita cunctae Possessiones, quae testamento facto competebant. Ab intestato bonorum possessiones olim erant octo. Ex quibus in pandectas quatuor sunt relatae, caeteris abolitis, de quibus vid. *tit. Inst. de Haeredit. ab intest. et de bon. poss.*

(b) Prima in Pandectis, Unde liberi. Quae olim pro emancipatis, qui lege XII. Tabb. non vocabantur, introducta; dein ad Suos producta fuit, utilitate potius forensi, quam necessitate, cum hi et jure civili fuerint haeredes. §. 2. *I. de success. ab intest. pr. I. de bon. poss. l.* 1. §. 1. *h. t.*

TIT. VII.

UNDE LEGITIMI.

(a) Bonorum possessio altera est, Unde Legitimi, per quam vocabantur omnes, qui ab intestato Lege XII. Tabb. poterant esse haeredes, maxime vero Agnati. *l.* 2 §. *ult. ff. Unde leg*

(b) Quid autem opus fuit illis Edicto, quos Lex vocabat? Vix dixerim, nisi quod Praetor illos voluit insertos inter suos atque cognatos, quibus Edicto necesse erat succurri; ideo, quod si Cognati immediate fuissent subjuncti, Praetor visus fuisset excludere velle agnatos.

TIT. VIII.

UNDE COGNATI.

(a) Tertia bonorum possessio ab intestato est, Unde cognati, qua admittuntur hi qui jure civili non admittebantur, juncti scil. per feminas, *l.* 1. *pr. Und. cogn.* et conjuncti per masculos, quorum agnatio per capitis diminutionem sublata erat. §. 1. *Inst. de Success. cognat.* Quo sensu Modestinus in *l.* 5. *Unde Legitimi,* dixerit, *Inter agnatos hoc interesse, quod in agnatis* et cognati contineantur, in cognatis non utique et agnati, cujus dicti contrarium videtur esse verissimum, id aenigma λογικῶς expositum est in *part.* 2. *Digress. lib. I. cap.* 22.

(b) *Pos.* 2. (a) *Pos. un.* (a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 2. (a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 2. (a) *Pos. un*

TIT. IX.

DE SUCCESSORIO EDICTO.

(a) Cum defunctus diversorum ordioum conjunctos reliquerat, primum jus debetur liberis, tum Agnatis, tertio Cognatis, postremo Conjugibus, ita ut si primus ordo non peteret vel excluderetur, tunc secundus ordo vocaretur. *l.* 1. *pr.* §. 8. *et* 11. *h. t.*

(b) Si quis liberorum intra annum non petat, portio non petentis accrescit reliquis ejusdem gradus. Idem est, si quis cognatorum non petat, adeo, ut ad sequentem gradum non perveniat successio, quamdiu unus prime gradu adhuc petere potest. *d. l.* 1. §. 8. 10. *et* 11.

TIT. X.

DE GRADIBUS ET AFFINIBUS, ET NOMINIBUS EORUM.

(a) De gradibus et affinibus, eorumque computatione, dictum est ad *tit. Inst. de Nupt.* Nomina cunctorum affinium atque cognatorum, peti possunt ex *l.* 10 §. 12. *et seqq. h. t.*

(b) At Canonistae triplex genus adfinitatis habent, prout una et altera persona affinibus additur; ita ut uxoris meae frater sit mihi primo genere ad finis, ejus uxor altero, hu jus deio maritus tertio. Nimia et inutilis subtilitas! utilitatis tamen causa reperta. Add. Wes. ad *tit. ff. de grad. et adfin. n. ult.* ibique Bachov. (1)

TIT. XI.

UNDE VIR ET UXOR.

(a) Deficiente omni sanguinis linea, legitima et naturali, Praetor olim, ex praesumpta defuncti voluntate, et aequitate manifesta, conjuges admittebat in solidum, id recentiori jure confirmatum. *l.* 1. *C. Unde Vir et uxor.*

(b) Neque id a Justiniano mutatum est; Generalis enim abrogatio legum vetustarum, de qua est in *pr. N.* 118. loquitur de tribus succedentium ordinibus, non de conjugibus, neque de fisco. Dissent. Corvin. *h.*

(c) Cum autem vir et uxor jure civili, consensu fiant, non videtur copula carnalis, ut huic beneficio locus fiat, esse necessaria, argumento insuper ex *l.* 15. *de C. et D.* suffragante.

(d) Quaequam de lucro dotis vi statuti vel pacti conjugibus competente, aliter disputari potest, ut facit Bronchorst 1. *miscell.* 98. Gail. 2. *observ.* 79. Myns. 5. *obs.* 99. quippe dotis lucrum respectu matrimonii sequuturi et implendi conceditur, at haec successio ex solo affectu defuncti proficiscitur. Dixi ad *tit. de Sponsal. sub fin.*

(e) Caeterum, praeter quatuor bonorum possessiones ab intestato, quas habuimus, erant olim adhuc aliae quatuor: I. *Unde decem personae;* quae pro illis erat, qui praeferebantur patri fiduciario sive imaginario, cui naturalis Pater sine pacto fiduciae filium mancipaverat: decem isti enumerantur in §. 1. *I. de bon. poss.* II. *Tanquam ex familia* III *Pro Patronis.* IV. *Pro cognatis manumissoris* sive imaginarii emptoris illius. Quae jure novo abolitae, ac quidem in Pandectis, ut videmus, relatae sunt. vid. §. 3. *et* 4. *Inst. de Bon. poss.*

(c) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 2. (a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 2. (a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 2. (c) *Pos.* 3. (d) *Pos.* 4. (e) *Pos.* 5.

(1) *Utilitatis Causa triplex hoc genus adfinitatis repertum fuisse, vetus est contumelia. Quam futilis ea sit, liceat vel exinde colligere, quod in his et aliis disciplinae articulis rarissime olim dispensaverit Ecclesia: ita ut Innocentius III. fere primus in impedimentis matrimonialibus dispensaverit, quod ex Christiano Lupo observat Clarissimus Espenius* p. 2. jur. Ecclesiast tit. 14. §. 4. 5. et 6. *et dispensationes ante Innocentium III.* concessas, *non fuerint praeviae ad contrahendum, sed duntaxat* posteriores *male contracti Matrimonii toleratrices. Cumque idem Innocentius III. auctor fuerit abrogandi secundum et tertium adfinitatis genus*, cap. 8. de consang. et affin. *nulla ratione dici potest haec genera utilitatis causa fuisse reperta.*

TIT. XII.

DE VETERANORUM ET MILITUM SUCCESSIONE.

(a) Speciale in milite est, quod si capitali poena ex delicto militari damnatus sit, ex ejus testamento peti possit bonorum possessio secundum tabulas: et ab intestato ei succedat legitimus haeres, vel proximus cognatus, usque ad quintum gradum, eo deficiente, fiscus Milite non damnato, ab intestato succedunt cognati usque ad 6. 7. gradum et post Legio, *l.* 2. *C. de haered. decur.* quae sic capienda. Wissenbach. *h. t.*

TIT. XIII.

QUIBUS NON COMPETIT BONORUM POSSESSIO.

(a) Non competit bonorum possessio ei, qui renunciavit, qui tempore exclusus, qui prohibendo defunctum ne testamentum mutaret, aliterve se indignum haereditate reddit, *l. un. hic.* cui lex haereditatem deferri vetat. *l.* 12. §. 1. *de bonor. poss.*

TIT. XIV.

UT EX LEGIBUS SENATUSVE CONSULTIS BONORUM POSSESSIO DETUR.

(a) Praetor bonorum possessionem iis pollicetur, quibus ut detur, lege vel SCto, vel Constitutione comprehensum est *l. un. hic.*

(b) Quae extraordinaria dicitur: quia neque bonorum possessionibus, quae ab intestato veniunt neque iis, quae ex testamento sunt, connumeratur. §. *septima.* 3. *Inst. de bon. poss.*

(c) Requisita hujus bonorum possessionis duo sunt. 1. ut sit Lex aliqua nova, per quam deferatur; alterum, ut Lex nominatim sive specialiter eam deferat. *l. un. in pr. et* §. 2. *h. t.*

(d) Quid autem, an lex dat bonorum possessionem, quae utique semper est praetoria? Sic est: nihil vetat, Legi Praetorem quoque succurrere: cujus sane ministerium in hac ipsa bonor. possessione requirit; ideoque et Praetor eam, etsi a Lege datam, pollicetur in Edicto suo. §. *septima.* 3. *Inst. de bon. poss.*

TIT. XV.

QUIS ORDO IN POSSESSIONIBUS SERVETUR.

(a) Ordo omnium bonorum possessionum hic est; Primo datur ex Testamento; ibique primo contra tabb. dein secundum. Postea ab intestato, Liberi, Legitimi, Cognati, conjuges, ordine, quorum Rubricas habuimus *supra*, vocantur.

TIT. XVI.

DE SUIS ET LEGITIMIS HAEREDIBUS.

(a) Postremo subjungitur successio civilis ab intestato ex L. XII Tabb. Quae primo vocabat suos, de quibus satis dictum ad §. *ult. I. de Haered. qualit et alibi.*

(b) Haeredes Legitimi sunt vel ex lege XII. tabularum, vel ex jure novo. Ex lege XII. tabularum vocantur proximi adgnati. *Princ. Inst. de legit. adgnat. success.* inter quos ex Anastasii constitutione collocantur fratres et sorores emancipati, *l.* 4. *C. de legit. tut. et* §. 1. *Inst. de success. cognat.* et ex Justiniani constitutione filii sororum, *l. pen. C. de legit. haered.*

(a) *Pos. un.* (a) *Pos. un.* (a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 2. (c) *Pos.* 3. (d) *Pos.* 4.
(a) *Pos. un.* (a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 2.

(c) Ex eadem lege XII. tabularum patroni, vel eorum liberi, succedunt libertis. *pr. Inst. de success. libert.* Tertio, ex ejusdem legis mente et interpretatione parentes succedunt liberis, quos emanciparunt. §. *ult. Inst. de leg. adgn. succes.*

(d) Hodie constat, longe alium esse ordinem succedendi ab Intest. de quo in parte I. *pr. libri tertii* fuse diximus.

TIT. XVII.

AD SC. TERTYLLIANUM ET ORPHITIANUM.

I. S. C. Tertylliani sententia II. S. C. Orphitiani. III. Quid jure novo. IV. De Unione prolium. V. An haec in Frisia valeret. VI. De successione illegittimorum.

(a) Lex XII. Tabb. nullum jus capiendae haereditatis matri liberisque invicem dedit; quia nulla agnatione junguntur. Sed a D. Hadr. SCto Tertylliano cautum est, ut mater ingenua trium liberorum jus habens, libertina quatuor, ad liberorum intestatorum bona admittatur.

2. (b) Rursus ex SC. Orphitiano (D. Marci tempore) filii et filiae matri succedunt: et ex constitutionibus Principum, nepotes et neptes aviae, etiam vulgo quaesiti. *tit. Inst. de SC. Tertyll. et Orphit.*

3. Horum pleraque longe aliter se habere JURE NOVO, constat ex iis, quae ad *Nov.* 118. *in princ. libri tertii Institutionum* exposuimus. * qua Justinianus omne jus antiquum de Successionibus induxit, et fecit *τοὺς παλαιοὺς νόμους* ΑΡΓΕΙΝ, *otiosas esse.* Non est opus jam Orphitiano, Tertyll. ut matres liberis, aut liberi matribus succedant; simplicitas naturae discrimen sexus repudiat. Ne inter Suos quidem et Legitimos discrimen est relictum, quod ad haereditatem attinet deferendam. Sed in adquirenda Haereditate quid intersit, vidimus *ad §. ult. I. de Haered. qual. et diff.* et *ad tit. D. de Adquir. Haered.* Neque plene Bonorum possessiones ab intestato petuntur e Praetore; cum Lex aequabile civile remedium omnibus praebeat. Excepta tamen bonorum possessione, quae datur Viro et Uxori in mutua Successione; Cum enim de hac in *Nov.* 118. nihil sit constitutum, nihil apparet, ex quo Conjuges, deficiente sanguine, possint admitti, quam Edictum Praetoris Unde Vir et Uxor. ut monuimus. *ad d. tit. supra.* Namque Justinianus in *d. Nov.* 118. de solis sanguine junctis loquitur. Idee nec quod de Adoptivis olim placuit, mutatum videtur. (c) Scilicet, Adoptivi ab aliquo adscendentium adoptati, succedunt

(c) *Pos.* 3. (d) *Pos.* 4. (e) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 2. (c) *Pos.* 6. *tit. Praeced.*

* Differentiae Communis et Saxonici Juris, traditae sunt ibidem *P. I. p.* 286. *et seqq.* Superest, ut quod *p.* 293. promisimus, de successione Geradica et Heergewettica nonnihil addamus. Complectitur autem Gerada universitatem rerum mobilium, muliebri usui ornatuique inservientium. *L. R. l.* 1. *art* 24. quarum catalogum ordine Alphabetico suppeditat Struv. *ad Ant. Matthaei de Success. p.* 401. *seqq.* et pleniorem sententia Scabinorum Lipsiensium in Volckmanni. *Notariate. Kunst. P.* 3. *c.* 19. *p.* 81. 91. j. Richter *de Success. ab Int. Sect.* 1. *Membr.* 1. *n.* 70 *seqq.* et plenissimum rerum cum ad Geradam pertinentium, tam ad eam non referendarum, Celeb. D. Barthius im *ausführlichen Bericht von der Gerade c. III. p. inprimis* 163 *seqq.* Debetur autem regulariter personis feminini sexus et uxoribus post mortem mariti, *Wb. art.* 23. sive nobilibus, sive ignobilibus. *P.* 3. *C. El.* 20. *et* 37. etiam ea concursu creditorum; ac cognatis, qui quandoque plenam, quandoque tantum Nistelgeradam, seu minus plenam capiunt, quae certas tantum res Geradicas continet. Cum vero solum cognationis Jus hic spectetur, soror uterina cum germana concurret Carpz. *P.* 2. *C.* 14. *d.* 57. Consanguineam autem et fratris filiam plane excludet. Extra ordinem interdum masculis Gerada defertur, ut (1) Clericis Materna, si modo sacris jam initiati sint; sororum et uxorum Geradam non capiunt. *L. R. l.* 1. *art.* 5. Carpz. *P.* 2. *C.* 14. *def.* 60. filii Clericorum, licet Heergewettam non accipiant, a Gerada tamen quoque excluduntur. Carpz. *Jus Consist. l.* 3. *def.* 10. *n.* 14 Dissent. Stryck *ad Brunn. Jus. Ecclesiasticum l.* 2. *c.* 13. verb. *vel consuetudine. p.* 527 Goldbeck. *de Gerada Sax. p.* 36. *n.* 4. (2) Marito juxta Statutum Lipsiense *d. an.* 1672. *art.* 1. *vid. Leipziger*-Statuta. *num.* 35. *seqq. der Stadt Leipzig. Ord.* Priv. *und. Stat. p.* 296. *seq.* Heergewetta res expeditorias continet, quae pertinent ad armandum eum, qui militarem expeditionem molitur *L. R. l.* 1. *art.* 22. Quid ad eam referatur, tradit Struv. *l. c. p.* 417. et Barthius *cit. libro c.* 8. add. Carpz. P. 3. C. 38. def. 25. seq Debetur ea Equitibus, *L. R. l.* 1. *art.* 27. et, vi statutorum localium, quandoque etiam Civibus et Rusticis. Spectatur autem in hac successione solum jus Agnationis, unde adscendentes materni et cognati ad eam pervenire nequeunt. Utraque, et Gerada et Heergewetta, praescribitur anno Saxonico. *L. R. l.* 1. *art.* 18. nisi ob reverentiam Parentibus debitam haud sit postulata, Carpz. *P.* 2. *C.* 3. *d.* 14. Berl. *dec.* 287. III. Born. *De Gerad. th.* 18 ac, si successor habilis deficiat, ad Magistratum, qui superiorem Jurisdictionem habet, pertinet. *P.* 3. *C. El.* 38. §. *f. j. L. N. L.* 1. art. 28. Carpz. *ad d. C. def.* 14. 21. *seq.* Id. *P.* 2. *C.* 14. *d.* 61.

invicem haud dubie, ab extraneo adoptati nullo modo. *l.* 10. §. 1. *in fin. C. de Adoption.*

(d) 4. Huc etiam pertinet Unio prolium Accidit aliquando, ut liberi e diversis matrimoniis utrique eon ugum promiscue succedant, per unionem prolium, quae dicitur, et definitur; Pactio Conjugum de successione promiscua liberorum, quos habent e diversis matrimoniis, auctoritate Magistratus, praesentibus his quorum interest inita, per quam privigni jus naturalium in succedendo adipiscuntur. Sed hujusmodi pacta jure Civili valere non possunt, quia pactis haereditas non datur, *l.* 52. *D. et l.* 19. *C. de Pact.* nisi unio prolium fiat super jure filiationis, perque modum adoptionis, ut tum successio quasi pro sequela habeatur, ut vult Jac. Riek. *tract. de Unione prol. c.* 3. *n.* 6. qui tamen eam definit per solam conventionem de succedendo. *c.* 1. *n.* 8.

5. Apud nos, qui Jure Civili utimur, oullus ejus usus, nec si iostitnatur, valiturum puto; facit huc exemplum apud Sand. 2. 2. 7. ne quidem adoptionis praetextu, quae nec in mulieribus jure communi locum habere potest, cum feminis adoptio negetur, excepto casu orbitatis ex liberis amissi a. § *feminae* 10. *I. de Adopt.* Novi Clarissimum Virum Professorem in hac Academia, qui cum uxore talem prolium unionem instituere cupiens, Embdam profectus, illic eam instrumento publico celebravit. Quae an juris effectum in Frisia, si in controversiam vocata fuisset, habere potuisset, judicandum foret ex iis, quae de *conflictu jurium in diversis Imperiis*, collocavimus *ad titulum de Legibus part. praecedente pag.* 55. *et seqq.*

6. (e) Porro liberi naturales, qui per matrem solam junguntur, succedunt invicem, quia respectu matris nihil differunt a legittimis, ut diximus ad *d. Nov.* 118. *pos.* 18. de spuriis idem sub limitatione *posit.* 19. *ibid* de reliquis nefariis idem heic puta, quod dix. *ibid posit.* 21. Adde Rittershus. ad Nov. *part.* 7. *C.* 15. *n.* 1. *et seqq.*



(d) *Pos.* 7. 8. *et* 9. *tit. praeced.* (e) *Pos.* 10. *tit. praeced.*

LIB. XXXIX. TIT. I.

DE OPERIS NOVI NUNCIATIONE.

I. Continuatio, quid Nunciatio et quotuplex. II. Qui jus habeant nunciandi. III. Ob quas servitutes. IV. Cui possit nunciari. V. Materia nunciationis. VI. Modi et tempus. VII Effectus nunciationis. VIII Quibus modis tollatur. IX. De restitutoria, Interdicto etc. X. Usus tituli hodiernus. XI. De modis tollendi nunciationem mos hodiernus.

(a) Postquam Imperator de Successionibus testamentariis et ab intestato, universis et singularibus, sat prolixe egit, nunc transit ad alia remedia; prout in Edicto perpetuo occurrebant. Et primo quidem est actio, quae datur ex Nunciatione novi operis, quando quis in alterius praejudicium aedificare instituit, cujus rei sunt frequentissimae quaestiones in civitatibus et pagis arctius habitatis. Est autem Nunciatio Operis novi, nihil aliud quam legitima prohibitio facta aedificanti, ut ab opere coepto desistat, donec satisdet, vel remissio fiat. *l.* 1. *pr. l.* 8. §. 4. *l.* 20. *pr. et* §. 1. *h. t.* Estque vel Publica, vel privata. *d. l.* 1. §. 16. *et* 19. *h. t.* Publica datur cuilibet civium, juris publici tuendi causa. *l.* 3. §. *ult. l.* 1. §. 17. *et l.* 5. §. 9. *h. t.* Privata est, quae datur ei, ad quem res pertinet, juris sui conservandi, aut damni depellendi causa. *l.* 1. §. 19. *h. t.*

2. (b) Jus nuntiandi in publica causa, habent omnes cives, quia Reipublicae interest, quam plurimos ad defendendam suam causam admittere, *l.* 3. §. *ult. h. l.* 4. *h.* si nempe sint idonei, quales non sunt mulieres et pupillus, nisi res privatim ad ipsos pertineat, *arg. l.* 6. *de Popul. action.* interveniente tum scilicet tutoris auctoritate. *arg. d. l.* 6. *et l.* 5. *in pr. h. t.* Idem de muliere. *arg. l* 1. §. 5. *de postul. l.* 54. *de Procurat.* Minor nunciare posse videtur, modo major sit septemdecim annis. *arg.* §. 5. *Inst. Ex quib. caus. manum. et* § 7. *eod. tit. et l.* 1. §. 3. *de Postul.* In concursu praefertur is qui maxime idoneus, aut cujus magis et propius interest, ut de causis popularibus proditum est in *l.* 2. *et l.* 3. §. 1. *de Popul. act.* In privata, ut dictum, nunciandi jus datur ei, ad quem res pertinet, *l.* 1. §. 19. *h. t.* idque propter dominium, vel servitutem, *l. un.* §. 3. *de Remiss.* adde Pignus. *l.* 9. *h. d. l un.* §. *ult.* Socio in communi aedificanti, socius non nunciat, ne quidem si propriae ipsius insulae noceatur, sed eum prohibere potest communi dividundo judicio, vel per Praetorem dumtaxat. *l.* 3. §. 1. 2. 3. *h. t.* Si plures sunt socii, necesse est, ut singuli nuncient, quia fieri potest ut alter habeat, alter non habeat jus prohibendi *l.* 5. §. 6. *h t.* Superficiario et emphyteutae Nunciatio conceditur, *l.* 3. §. 3. *h. l.* 16. *de Servit. l.* 1. *in fin. Si ager vectig.* ut et Vasallo, 2. *Feud.* 8. *pr. vers. rei autem.* nec non Creditori, qui pignori fundum accepit, *d. l.* 16. *de Servit. l.* 9. *h. l. un.* §. *ult. de Remiss* quod dicere occupavimus. Denique, Tutores et Curatores nomine pupillorum et minorum posse, non est dubium, *l.* 7. §. 1. *h.* servus non potest. *l* 5 §. 1. Inquilinus, Colonus, de jure non possunt, *l.* 3. §. 3. *h.* nisi utilitatis causa, locatoris absentis nomine. *arg. l.* 11. *pr. l.* 13. §. 7. *Locat. l.* 18. §. 1. *de Judiciis.*

3. Sed an ob quaslibet servitutes nunciare licet? Dic, Non nisi ob praediales, † quae hoc nomen stricte sibi vindicant. §. 9. *Inst. de Legat. l. un.* §. 3. *de Remissionibus.*

N. Addit.

Bene quod jam correxerit Auctor positiones, in quibus dixerat, non ut hic, quod ob omnes praediales servitutes detur N. O. N sed quod ob solas rusticas. Quare adjeceram in Scholio hic omisso: Quo argumento nuncior hanc sententiam ex §. 9. Inst, de legatis *probare velit, equidem nulla cogitatione assequi valeo, et contrarium, quod etiam ob urbanas servitutes liceat nunciare novum opus, non solum probatur ex generalitate verborum in* d. l. un. §. 3. de remiss. l. 6. § fin. si servit. vindicetur. *sed et per clarum textum in* l. 15. de S. P. U. *ubi ei, qui servitutem, ne luminibus officiatur, habuit, potestas nunciandi conceditur.*

Imo qui habet viae servitutem, nunciare nequit. *l.* 14. *h* Resp. is, qui viam habet, domino ibi nunciavit. Etenim Julianus *l.* 4. auctor, in

(a) *Pos* 1. 2. *et* 3. (b) *Pos.* 4. 5. 6. *et* 7.

l. un. §. 4. *de Remiss.* idem observari vult in omnibus servitutibus, quod dixerat in usufructu, at de fructuario monuerat, eum domino inutiliter, extraneo utiliter nunciare. *d. l. un.* §. 4. *de Remiss. l.* 2. *h. t.* Ergo et in servitute haec obtinet distinctio.

SCHOLIUM.

Per d. l. 14. *motus Strauch.* XXIII. 4. *in alterum extremum lapsus, ob solas urbanas servitutes novum opus nunciari posse arbitratur, secutus, ut videtur, alios a Wissenbachio* h. t. th. 3. *recensitos. Sed responsio Auctoris od hanc* l. 14. *uti Julianum ex Juliano explicat, quod interpretandi genus optimum est, ita habes quod regeras Wissenbachio* d. l. *expositiones omnes hujus textus stringenti.*

Sed fructuarius non nisi procuratorio nomine nunciat, *l.* 1. §. *ult. h.* utilem enim servitutem vindicationem non habet. *l.* 1. *pr. et l.* 5. §. 1. *Si usufr. pet.* Adde quae dix. *ad tit. D. Si usufr. pet. n.* 2.

4. (c) Quod ad Personam Nunciatam, non requiritur, ut soli domino fiat, sed sufficit, ei factam esse, qui in re praesenti operisve, nomine domini invenitur, veluti Servo, Mulieri, Puero, Puellae, Fabro, Opifici, similibusque, *l.* 5. §. 1. 2. 3. modo talis sit qui intelligat, *l.* 11. *h.* ut domino possit renunciare, *l.* 5. §. *h. t.* tametsi dominus ille sit furiosus vel infans. *l.* 10. *et* 11.

Quia si domino non fuerit renunciatum, nihilominus obligabitur, nam etiam adversus absentes, invitos et ignorantes procedit Nunciatio, *l.* 1. §. 5. *h. t.* hoc ideo, quia in rem fit, *l.* 10. *h.* et dominus sibi imputare debet, si damno afficiatur, quod de jure suo necdum certus aedificaverit, hominesque negligentes operi adhibuerit. *arg.* §. 3. *Inst. Quib. mod. re contrah. oblig. l.* 7. *pr. Naut. Camp. Stab.*

SCHOLIUM.

At quid haec ratio sibi vult? Sane etiamsi dominus diligentissimos operarios adhibuerit, nunciatio tamen procedet. Puto, auctorem respexisse ad eum casum, si nunciatio facta fuerit illi personae quae domino id non renunciaverit, et ita Dominus pergenda aedificare damnum passus fuerit, dum postea aedificium rursus destruere cogitur.

5. (d) Materia Nunciationis, sunt Opera, non perfecta et certa, sed incerta, imperfecta, *l.* 1. §. 1. *h.* non praeterita, (de iis enim datur Interdictum. Quod vi aut clam) sed futura, quae nondum facta sunt, *d. l.* 1. §. 1. *h.* sive inchoata sive nondum coepta, de quibus tamen suspicio non vana sit, aedificatum iri. Schotan. *in exam. ad h. t. arg. l.* 1. §. 8. *l.* 20. §. 2. *h. et l.* 15. *h.*

6. (e) Modi nunciandi sunt tres, *l.* 5. §. 10. *h.* quorum fit primus publica auctoritate, quia publice per personam publicam; reliqui duo privata perficiuntur, quia per quemlibet privatum fiunt, nec habent necessariam Praetoris additionem. *l.* 1. §. 2. *h.* Publica auctoritate nunciatur per Praetorem, cum is, qui vult nunciare, implorat officium Praetoris, ut ipse per apparitorem prohibeat *d.* §. 10. Treutl. *ad h. t. th.* 2. *in fin.* Bachov. *ad eumd. lit. E.* Privata auctoritate nunciatur vel per Manum, sive per jactum lapilli, vel per Nunciationem in specie dictam. *d. l.* 5. §. 10. Per Manum facta videtur, cum quis manum opponit operi ac lapillum ex ipso opere vel aliunde sumptum, jactat in opus controversum, prohibendi gratia. *l.* 20. §. 1. *Quod vi aut clam. l.* 5. §. 10. *h.* Nunciatio in specie dicta, constat nudis tantum verbis, neque interest quibus, modo claris, quae in se prohibitionis vim contineant. *d. l.* 5. §. 10.

SCHOLIUM.

Dissent. Strauch. XXIII. 4. *solam nunciationem, quae verbis fit, agnoscens, reliquos vero modos ad prohibitionem, quae nunciationi opponatur, referens. Caeterum est lusus in terminis. Nam nunciatio etiam late accipitur, ut reliquos modos sub se comprehendat*, arg. L. 1. pr. §. 2. l. 16. h. t. *De usu horum modorum, confer.* Struv. h. th. 3. Wissenbach. th. 8.

Est et extraordinarius nunciandi Modus, vel instar ejus, cum per actionem negatoriam, vel communi dividundo, aut similem, effectum nunciationis consequimur. Nam si hac actione contra vicinum aedificare volentem experiar, isque se non defendat, jubetur a judice cavere, non prius se aedificaturum, quam ultro egerit, ac confessoria actione probaverit, jus altius tollendi sibi esse. *l.* 15. *et l.* 3. §. 1. *in fin h. t.* Wissenbach. *ad h. tit. th.* 10.

(f) Hoc autem in his modis interest: Nunciatio simplex adversarium, cui nunciavimus, facit possessorem, reliquae tuentur nobis possessionem. *l.* 5. §. 10. *h.* Itaque si in suo nunciatus quid faciat, quod nobis noceat, simplici Nunciatione prohibendus est; quod si in nostro, vel per Praetorem, vel per Manum praestat. *d.* §. 10. Praeterea, qui suo nomine nunciant, jurant se non calumniae causa opus nunciare, hocque juramentum iis, Praetore auctore defertur, *l.* 5. §. 14. *h* qui alieno nomine nunciant, satisdant rem ratam Dominum habiturum, etiamsi veri sint procuratores, *l.* 5. §. 18. *h.* non tamen,

(c) *Pos.* 8. *et* 9. (d) *Pos.* 10 (e) *Pos.* 11. 12. *et* 13. (f) *Pos.* 14. 15. *et* 16.

si sint certi, tales enim satisdare non coguntur. *l.* 65. *de Procur.* *l.* 1. *C. eod.* §. 3. *Inst. de Satisd.* Ad modum etiam pertinet id, quod diximus *ex l.* 10. *h.* quod in rem fiat, ideoque effectum habeat contra nunciatum ejusque successorem. Item in re praesenti, sive opere ipso faciende est Nunciatio, *l.* 5. §. 4. *h.* ut confestim ab opere discedi possit. Hinc domino in foro facta, nullius est momenti adversus opus, quod interim factum est, *d. l.* 5. §. 4. sic etiam, cum pluribus locis opus extruitur, in omnibus nunciandum est, *l.* 5. §. 16. *h.* ut Nuncians locum operis demonstret, si forte non totum opus, sed pars ejus contra dominium vel servitutem ejus fiat. *l.* 5. §. 15. *h.* Recte quoque faciet, ut constet, quid post Nunciationem factum sit, si opus factum in testationem referat. *l.* 8. §. 5. *h.*

(g) Denique, omnibus diebus fieri potest Nunciatio, *l.* 1. §. 4. *h.* tam fastis quam nefastis, non tamen die dominico, per *l. ult. C. de Fer.*

SCHOLIUM.

Utique, si aedificans cesset die dominico, quod regulariter facere debet. Caeterum si ipse aedificans ferias divinas operis suis profanet, et ita periculum sit in mora, quin nunciatio et die dominico fieri possit, non dubito.

Et hoc addendum; quamdiu prima Nunciatio tenet, secunda non admittitur. *l.* 13. §. 1. *h. t.* Quod si aedificans nihilominus in nostro aedificare perseveret, prohibendus est vel interdicto Quod vi aut clam, vel Uti possidetis. *l.* 5. §. 10. *h.* vel tenetur Restitutorio, *de quo mox.*

7. (h) Effectus Nunciationis est, quod nunciatus seu jure, sive non jure aedificet, statim post Nunciationem, licet privata auctoritate factam, abstinere debeat ab opere faciendo, *l.* 8. §. 4. *h.* alioqui restituere, hoc est, demoliri debet quod factum est. *l.* 20. §. 1. *h.* Si tamen notorium sit, eum non habere jus, vel etiam non rite fecisse, nec de calumnia jurare velit, impune sperni videtur qui nunciat. *arg. l. pen. ad Exhib.* Bachov. *ad Treutl. vol.* 2. *disp.* 18. *th.* 1. *lit. B.* Praeterea, quoties mora vel dilatio periculum aliquod allatura est, vel publica necessitas opus fieri postulat, *l.* 5. §. 12. *h.* item in reficiendo aedificio, effectu caret Nunciatio. *l.* 1. §. 13. *h.* Wissenbach. *ad h. t. th.* 1.

8. (i) Tollitur, ita ut facta est, Nunciatio, publica vel privata auctoritate. *arg. l.* 35. *et l.* 100. *et l.* 153. *de R. J.* Publica per Remissionem, quae fit a Praetore, eaque duplex est; una, cum Praetor motu proprio, vel ad petitionem Nunciati, absque causae cognitione, quia sit manifesta, remittit Nunciationem, *arg. l.* 5. §. 12. 14. *h.* quo casu tamen satisdatio de restituendo, si aliter liqueat, videtur offerenda. *l.* 5. §. 19. *h.* Altera, cum Praetor a partibus aditus utriusque jus summatim cognoscit, et Nunciationem a privato, vel per seipsum antea factam, quatenus nuncianti jus non est, remittit ac prohibet, *l.* 1. *pr. et l.* 16. *h. t. et l. un.* §. 2. *de Remiss.* et haec Remissio proprie est Interdictum illud Remissionis, de quo in *lib.* 43. Cognitio causae ad Remissionem faciendam vel non, intra tres menses est terminanda. *l. un. C. h. t.*

Privata auctoritate tollitur, vel partium conventione, *l.* 1. §. 10. vel cautione. *l* 20. §. 11. *et l.* 21. §. 1. *h.* Partium conventione tollitur, cum post Nunciationem paciscor cum adversario, ut liceat mihi opus institutum perficere, *l.* 1. §. 10. *h.* cujusmodi pacto non tollitur Nunciatio publica. *arg. l.* 7. §. 14. *de Pact.*

Cautio interponitur duplex, Satisdatio et Repromissio. Satisdatio est cautio, quae fit datis fidejussoribus, *l.* 1. *Qui satisd. cog.* boni viri arbitratu, *l.* 5. §. 17. *h.* et offerri potest in omni nunciatione, *d.* §. 17. *l.* 8. §. 4. *l.* 20. §. 1. *et l.* 13. *h. t.* tollitque et publice et privatim factam. *l. un C h.* Repromissio ab iis fit, qui immobilia possident, *l.* 15. *pr. Qui satisd. cog.* sed tantum in Nunciatione publica. *l.* 8. §. 3. *h.* Caeterum, cautio habet hanc utilitatem, quod remittat vexationem adeundi Praetorem, et desiderandi, ut missa fiat nunciatio. *l.* 5. §. 17.

Praeterea, Nunciatio tollitur morte Nunciantis, vel rei alienatione, quia morte et alienatione finitur jus prohibendi. *l.* 8. §. 6. *h.* Rursus morte vel alienatione Nunciati non tollitur, *d. l* 8. §. *f.* quia Nunciatus in stipulatione, quae ex hac causa interponitur, etiam haeredis facit mentionem. *l.* 8. §. 7. *h. t.* Ratio autem est, quod Nunciatio a parte nunciantis est personalis arbitrii, quod in alio saepe aliter se habet; talia vero non transeunt ad haeredes: sed respectu nunciantis in rem fit, non in Personam, nunciatio. *l.* 10. *et l. ult. h.*

9. (k) Praeter interdictum de Remissionibus, de quo *supra*, datur Restitutorium, quod perpetuo datur Nuncianti ejusque haeredi et successoribus caeteris, *l.* 20. §. 6. adversus eum, qui opus fecit vel factum ratum habuit, ejusque haeredem ac successorem, §. 7. ad restituendum id quod factum est post Nunciationem, *l.* 20. *pr. et* §. 1. *h.* hoc tamen discrimine; successores tantum patientiam demoliendi praestant, in poenam non succedunt. *l.* 22. *et ult. h. t. l.* 3 §. 2. 3. *de Alienat. jud. mut. caus.* Nunciatus ipse, etiam suis sumptibus cogitur

(g) *Pos.* 17. (h) *Pos.* 18. (i) *Pos.* 19. *et seqq.* (k) *Pos.* 26. 27. *et* 28.

restituere, *l.* 20. *pr.* §. 1. 3. *h.* vel tantam pecuniam, quanti res est, volenti dabit petitori. *l.* 21. §. 4. *h.* Tertium Interd est prohibitorium, ne vis fiat ei, qui satisdedit vel paratus est satisdare, et datur haeredi caeterisque successoribus, etiam post annum. *l.* 20. §. 9. 12. 13. 16.

10. Quod ad usum hujus tituli attinet hodiernum: Qui vicinum suo incommodo aedificare putat, ei testato insinuare potest, ne pergat in aedificando. Sed haec insinuatio, quae est verbis facta Nunciatio, non habet eam vim, ut Nunciatus desistere vel opus demoliri cogatur; non videtur plus operari, quam quod omnes efficiunt protestationes, ut conservet jus denunciantis, et ne silentium ejus in argumentum consensus trahatur: Unde liquet, effectum Nunciationis, quae verbis fit, esse obsoletum. Prohibitio per manum, sive per jactum lapilli, ignota est hodie, nisi quod Batavi illam adhuc apud se in usu esse testantur, referente Groenewegio *ad l.* 5. §. 10. *h. t.* Idemque de Gallorum moribus scribit Autumnus *in l.* 1. §. *inde h. t.* Quod tamen ulterius quam ad modum et ritum, non intellexerim; nec enim solo lapilli jactu id, opinor, consequotur Nuncians, ut alter ab aedificando ex continenti desistere, vel exstructa licet jure, restituere, id est destruere cogatur, ut Romae juris erat. Sed talis effectus haud dubie sequetur ex denunciatione Praetoria, per requisitionem Judicis, cum in jus vocatione ad certum diem facta; Plerumque libellus supplex aedificanti insinuatur, cui additur *Status* quem vocant sive prohibitio, ne interim pergat in aedificando, sub certa mulcta. Si *status* ejusmodi non addatur, aedificans equidem pergere potest, neque tenetur ad destruendum, seu jure sive injuria aedificet, ut Romae; sed Judicii eventus expectandus, et si judicatum sit, eum non habere jus, per sententiam destruere jubetur, si jure aedificaverit, aedificatum manet, etiam post nunciationem. Quin etiam omissis Nunciationibus, nihil quam Provisiones istae amittuntur. Post aedificium exstructum, non prohibetur is, qui damnum inde patitur, aedificantem in jus vocare, et petere, ut aedificata restituat, hoc est demoliatur: modo non in fraudem alterius, cum haberet jus servitutis aedificanti ignotum, malitiose tacuerit. Porro cum *moribus hodiernis* actionum nomina non exprimantur, haec agendi facultas non negabitur ideo, quod quis alio modo suum jus persequi possit, actione communi dividundo, vindicatione servitutis, Interdicto Uti possidetis, Quod vi aut clam, vel simili; nec fructuarius quidem excludetur, ut recte monet Groenewegius *ad l.* 3. *h. t.* Potest quoque non modo petitorie, sed etiam possessorie ex omnibus illis causis, si quis aedificando per alium in usu juris sui turbetur, agere, idque vel solemni Interdicto Curiae, quod apud locum contentiosum a Commissario interponitur, vel in municipiis a Magistratibus eorumve Delegatis, ei curae, quam κατ' ἐξοχὴν Politiam vocant, praepositis. Quo victus ad judicium petitorium transire potest, ut in loco *de Interdictis* videbimus.

11. Modi, quibus Nunciatio J. Civili tollitur, omnes hodie non creduntur aeque usitati. Sed videamus; Remissio Praetoris fit equidem per sententiam in possessorio vel petitorio, aut Rescripto ad libellos partium, si hoc modo disceptaverint. Satisdatione non remitti hodie Nunciationem, nisi causa cognita et decreto judicis, scribit Groenewegius *ad l.* 20. §. 5 *h. t.* Bugn. *d LL. arb. l.* 1. *t.* 141. Autumn. *ad d. l.* 5. *et l.* 20. *h. t.*

Atqui cum nihil sit aequius et civilius, quam ne opera coepta interrumpantur, quando utrique parti consuli potest; nihil caussae video, cur Jure Civili hac parte standum non sit. Non minus enim hodie locum habet, quam olim, quod ait Ulpianus in *l.* 21. *h. t.* Per satisdationem *utrique consultum est; tam ei qui nunciavit, quoniam cautum habet de opere restituendo; quam ei cui nunciatum est, quia molitio ejus non impeditur. l.* 21. §. 1. *h. t.* Scilicet, quando quis aedificat in suo; nec enim me in possessione mea quisquam praetextu satisdationis turbare potest. Extra hanc causam satisdatio admittenda videtur: Quae si non admittatur ab adversario, sane decreto Praetoris opus est, quod nescio an velint illi Scriptores; sed tum is qui non admisit satisdationem, in impensas temerariae litis damnandus esset. Haec ita in locis, opinor, ubi Jus Commune viget, quatenus expressa taciteve non est mutatum, etsi forte minus usitatum videatur.

Conventione partium tolli Nunciationem hodieque, non est dubium. Sed morte, vel alienatione ejus qui nunciavit, non extinguitur nunciatio *moribus nostris*; ait Groenewegius *ad l.* 8. §. 6. *h. t.* ubi diserte ita scriptum est, *morte ejus, qui nunciavit, finiri nunciationem, sicut alienatione, quia his modis finitur jus prohibendi.* Ille vero contrarium probat ex *l.* 20. §. 6. *et* §. *ult. h.* quibus locis habetur, Interdictum de restituendo, perpetuo dari et haeredi caeterisque successoribus competere. Atqui hoc non est Jus cum moribus, sed Leges cum Legibus conferre, et antinomiam arguere; Sed parum abest, quin non intellexerit jus, ut videtur, ille Juris Censor. Interdictum de restituendo datur Haeredibus et Successoribus, adeoque post mortem nunciantis et post alienationem, a qua diversa est ipsa

nunciatio. Pone Speciem; Qui nunciavit, est mortuus, antequam nunciatus quidquam struxerit, aut res alienata est. Postea nunciatus aedificavit; non tenetur, quia morte nunciantis finita est Nunciatio. Rursus, Post nunciationem perrexit in aedificando. Mortuus est nunciator, aut res alienata deinceps: Ædificans tenetur ad restituendum, *d. l.* 20. §. 6. *et ult.* quia non quaeritur jam de simplici meraque Nunciatione, sed de effectu aedificationis contra Leges et restitutionis; Quae sunt actus palpabiles circa rem ipsam. Hinc judicari potest de sequentibus Groenewegi, *Non obstat*, ait, *quod his modis*, morte nunciantis, et alienatione, *finitur jus prohibendi in persona ejus qui nunciavit. d. l.* 8. §. 6. *Nam* pergit ille, *qui in jus dominiumve alterius succedit, jure ejus uti debet. l.* 177. *de R. J.* Procedit hoc in realibus, cujusmodi restitutio aedificatorum, non in personalibus, ut antea meram nunciationem considerari diximus. Hactenus de jure Civili. Sed quod Groenewegius concludit; *Igitur Successores citandi sunt ad reassumenda armamenta causae*, censeo locum in Foro habiturum, quando Nunciatio judicialiter est facta, cum in jus vocatione. Si vero nihil evenerit quam Nunciatio, sive insinuatio simplex, eamque secuta sit mors nunciantis aut alienatio; potest equidem Haeres aut Emptor repetere nunciationis insinuationem, et exequi litem; si vero non repetierit nunciationem, neque lis adhuc inchoata fuerit, existimo, aedificantem impune in opere pergere posse, ut fit: Readsumptio, de qua Groenewegius, habet locum post judicium inchoatum: Nos autem de effectu simplicis nunciationis egimus, in qua non videtur hactenus discrimen Juris et Moris esse quaerendum.

In eo potius differentia esse videtur; quod Jure Civili morte nunciati non finitur Nunciatio, id hodie de nunciatione facta verbis, aut per actum Lapilli, quem ritum superesse dicunt in Hollandia, non potest habere locum; quia tales actus non habent alium juris effectum, quam protestationis, ut *supra* indicatum est; Rursus de lite nunciationis causa inchoata, sine dubio valet, haud aliter quam modo de haerede nunciantis dictum est. Ut tandem omnia in hoc resolvantur: Nunciationem judicialiter cum in jus vocatione factam, quae sola nunc habet juris effectum, non finiri alienatione, neque morte nunciantis aut nunciati, quin a successoribus readsumi possit. Hanc autem committere non debuit Groenewegius cum textibus juris, qui de genere nunciandi diverso, quod hodie non habet juris effectum, loquuntur.

TIT. II.

DE DAMNO INFECTO, ET DE SUGGRUNDIS, ET PROJECTIONIBUS.

I Quale hoc remedium. Actio quae datur ex illo. II. Quid si non caveatur; ubi de missione ex primo et secundo Decreto. III. Casus, quibus cessat. IV. Usus tituli.

(a) Damnum infectum, est damnum nondum factum, sed quod futurum veremur *l.* 2. *hic.* De eo sic agitur; Qui damnum ab aedibus vicini ruinosis metuit, petere ab eo potest, ut sibi eo nomine caveat: modo se non calumniae causa id petere juret. *l.* 7. *in pr. h.* Cautio fit per repromissionem, quia domus est loco pignoris; nisi quis nomine alieno caverit, tunc enim fidejussione firmari debet. *d. l.* 7. *pr.* Bonae f. Possessor repromissione defungitur. *l.* 13. *pr h.* Actio inde nascitur ex Stipulatu ad reparationem damni, intra tempus, quod adjici solebat, accidentis. *d. l.* 13. §. *f. l.* 15. *pr. et l.* 24. §. 3. *h.*

2. (b) Domino, ut oportet, non cavente, Praetor adversarium ejus in possessionem ex primo decreto mittit, dominoque in contumacia perseverante, etiam possidere secundo decreto jubet. *d. l.* 7.

Missus ex primo decreto, in possessione tantum est custodiae causa *l.* 3. §. *ult. de Aquir. poss.* Ex secundo decreto missus, pro domino possidet, imo dominus constitui dicitur, *l.* 15. §. 16. *h.* et rem vindicare potest. *l.* 7. §. 9. *Comm. div.* Denique, haec missio dicitur alienatio non voluntaria. *l.* 1. *pr. de Fund. dot.*

Contra, per longi temporis possessionem adquiri hoc casu dominium, scriptum est in *l.* 5. *pr. et l.* 15. §. 16. *h.* Et ex *l.* 12. discimus, eum, qui missus est ex secundo decreto, comparari cum creditoribus, qui certe non sunt domini. Unde liquet, verum et irrevocabile dominium non nisi post longi temporis possessionem adquiri; quanquam aliqui effectus dominii, respectu tertii, ex secundo decreto proficiscantur.

Datur et actio in factum, de damno dato, ei missus in possessionem non fuerit admissus, *l.* 15. *f. et l.* 17. §. 3. quae est perpetua *l.* 17. §. 3. *h.*

(c) Cautione prius non interposita, dominus aedium de damno ruina dato non tenetur nec

(a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 2. 3. 4. *et* 5. (c) *Pos.* 7.

quidem cogi potest, ut rudera tollat, si omnia pro derelicto habeat, *l.* 6. *h. t.* quod temperandum, nisi ex justa causa non potuerit exigi cautio. *l.* 9. *in pr. h. t*

3. (d) Cessat actio damni infecti, quotiescunque alia actione damnum datum sarciri potest. *l.* 32. *sub. fin. hic.* Item si quis in suo quid jure suo facit, *l.* 24 §. *ult. et l.* 26. *hic.* si vitium sit naturale, aut vi ventorum contigerit. *d. l.* 24. §. 2. §. 3. 4. 5. §. 9. §. 10. *et l.* 43. *hic.*

(e) In Rubrica est etiam de suggrundis et de projectionibus, de quibus dix. *ad tit. de Servit. urb. praed.* de quibus heic ideo agitur, quia maximus damni infecti metus est ab ejusmodi prominentiis.

(f) 4. Moribus hodiernis hunc Titulum exolevisse, neque cautionem exigi, nec missionem in possessionem concedi, tradunt Autumnus, *Confer. ad l.* 4. §. *praetor. h. t.* Groenewegius *ad h. t.* Verum adversus non caventem de damno infecto, protestandum esset, quae protestatio cautionis vicem obtineat. In Saxonia tamen hujus Tituli usum non esse abolitum, * nec inusitatum, scribit Thomasius ad *posit.* 8. *h. t.* ** Apud nos sententiam hujus Edicti usu frequentari, vix animadvertere datum est. Plerumque domini aedium ruinosarum sunt inopes et vicini non solent eas tanti facere, ut per multas juris ambages ejusmodi aedificiis potiantur. Ideoque ita fere accidit, ut Magistratus illis manus injiciant, et, si dominus contumaciter absit, nec ad reparandum cogi possit, vendant domus cum onere eas reparandi. Vid. Ant. Matth. t. *de Auction. c.* 5. *n.* 9. *et. c.* 19. *n.* 60. Non dubito tamen, quin apud nos, si quis tanti aestimet domum ruinosam a domino desertam, missionem in possessionem, si velit, impetrare possit; aut si dominus solvendo sit, verum contumaciter reficere nolit, quin hoc casu jure civili experiri posset, per regulam generalem; *Jure quod Statutis, aut diverso rerum statu non est sublatum, nil prohibet uti.*

TIT. XIII.

DE AQUA ET AQUAE PLUVIAE ARCENDAE.

I. Prima pars Rubricae de Aqua. II. Actio de Aqua pluvia arcenda explicatur. III Quibus casibus cesset. IV. Usus Tituli.

Rubrica videtur indicare duas partes, ut prior contineat observationem de Aqua; veluti jus aquae non posse alicui concedi, nisi consentiant omnes, qui jus Aquae habent, et domini, licet ea non possint uti. *l.* 8. *et sequ. h. t.* Adde *l.* 11. *l.* 17. *pr. et* §. 1. *l.* 18. §. 1. *et l. ult. h. t.* Item ne aqua ducatur ex flumine navigabili, *l.* 10. §. *ult.* neque per viam publicam, sine permissu Principis. *l.* 18. Altera pars agit de Aquae pluviae arcendae actione.

2. (a) Haec actio datur domino fundi qui ex opere manu facto in vicini fundo metuit damnum ex aqua pluvia, adversus dominum loci, in quo factum est; in id, ut opus restituat, hoc est, tollat quod factum est, *l.* 1. *pr. et* §. 2. *h.* estque personalis, non in rem actio. *l.* 6. §. 5. *h.* Et quidem suis impensis restituit, si illud fecit, aut facere curavit; impensis actoris, si nulla sit in culpa, *l.* 11. §. 2. §. *fin. et l.* 12. *eod.* una cum damno et eo quod interest, quod ea occasione post litem contestatam accidit. *l.* 11. §. 3. *et l.* 14. §. 2. *hic et* Cujac. *in pr. eod.* Si quinnus fenerit, dominus tantum patientiam tollendi praestat, colonus impensas, *l.* 4. §. 5. idemque juris est, si procurator ignaro domino fecerit. *d. l.* 4. §. *ult.* Transit autem haec actio ad sequentem possessorem, etsi opus antea factum sit. *l.* 4. §. 1. Si aqua de coelo non veniat, interdicto quod vi aut clam agendum *l.* 3. §. 1. *h.* juncta *l.* 5. ubi et colonus eodem remedio tenetur; Interdictum enim istud utile est, ubi termini hujus actionis deficiunt. Sic et fructuariis idem datur, aut etiam utilis haec ipsa actio, si quod vi aut clam, minus conveniat. *l.* 22. *pr. h.*

3. (b) Cessat haec actio, si opus publice sit factum, *l.* 2. §. 3. si ad fructus colligendos, *l.* 1. §. 3. *et.* 7. si vi servitutis sit structum,

(d) *Pos.* 6. (e) *Pos.* 9. (f) *Pos.* 8. (a) *Pos.* 1. 2. *et* 3. (b) *Pos.* 4.

* Non est tamen in usu apud nos missio, quae ex primo, nec quae ex secundo decreto fit, Wesenb. *in Paratitl. tit d. damn. inf. in f. j.* Schilter. *ad ff. Ex* 49. §. 37. de poenis contumaciae actum est *P. II. p.* 121.

** Addatur Ill. Mencken. in *Theor et Prax D. h. p.* 1085. *seqq.* qui ibidem observat, jure hodierno apud eum, qui inferiorem Jurisdictionem habet, hanc civilem causam tractari debere, per *Landes Ordn. d. An.* 1555 *tit. was zu Ober. und. Nieder-oder Erb. Gerichten. geharig.* §. *und.* alle quamvis jure civili delegatio majoris magistratus intervenerit. *l.* 1. *l.* 4. §. 3. *n.*

l. 2. §. *ult.* quo pertinet, si a temporo immemoriali opus steterit. *d. l.* 2 §. 3. Si quis ia suo quid fecerit, quod per consequentiam noceat vicino, *l.* 1. §. 11. *et* 12. *h.* absque animo scilicet maligno. *d.* §. 12.

4. Et quidem hujus Tituli usus frequens est, in his praesertim regionibus aqua pluvia plerumque restagnantibus. Nisi quod diserimen inter hanc Actionem et Ioterdictum Quod vi aut clam, non atteoditur ie Foro, nomioibus actionum nullo usu a se Invicem distioctis.

TIT. IV.

DE PUBLICANIS ET VECTIGALIBUS ET COMMISSIS.

I. Continuatio. II. De publicanis et eorum insolentia. III. Quomodo teneantur. IV. De vectigalibus; a quo constituantur, quibus rebus imponantur. V. Quomodo percipiantur. VI An mulier possit conducere vectigalia. VII. An filiifam. possint. VIII. De Commissis, ratio nominis. IX. Rigor eorum. X. Quatenus ad haeredes transeat actio.

Placuit Auctoribus Artis, hunc titulum, ad jus publicum maxime pertinentem, heic loci collocare, propter Edictum Praetoris, quod est heic *in principio*, et quod in Edicto perpetuo reliqua Praetoris Edicta secutum est. Rubrica se distinguit in tres partes, De *publicanis*, de *vectigalibus*, et *de Commissis*.

2. Sunt autem publicani cooductores vectigalium, *l.* 1. §. 1. *h. t.* aliter Redemptores, *l.* 60. §. *pen. Locati.* etsi proprie Redemptor sit, qui *faciendum* aliquid, ut templum vel porticum, aut *praebendum*, ut annonam exercitui, conduxit, auctore Festo. Publicani autem erant Mancipes, vel praedes eorumque socii. Mancipes, qui immediate a Fisco conducebant, quia *manu* sublata conductores se profitebantur, quasi manu caperent conductionem. Praedes erant sponsores mancipum, etsi manceps etiam Praes vocatur, ut Festus scribit. Socii reliqui, in partem quaestus, vel jacturae, a mancipibus et praedibus recipiebantur, ut idem Festus. Haec eodem fere modo hodieque se habere videmus. Principes autem publicanorum, erant ut plurimum equites Romani, ut ex Ciceronis epistolis et aliunde *passim* liquet. Hi deinde aliis, singulorum locorum vectigalia sublocabant, qualis redemptor pontis *d. l.* 60. §. *pen* (a) Iidem quoque publicani dicebantur, in Evangelio τελῶναι; de quibus inprimis accipiendum, quod Ulpianus in *l.* 12 *h. t.* scribit. *Quantae audaciae, quantae temeritatis sint publicanorum factiones, nemo est qui nesciat.* Nam publicani Principes et Romani equites honestiores fuere, quam ut illis probra in Evangelio et in *l.* 12. imputata, convenire videantur, aut etiam verba *Suidae*, qui adscribit illis παῤῥησιασμένην βίαν, *Vim libertate quidvis dicendi praeditam*; Α' νεπιτίμητον ἁρπαγὴν, *Rapacitatem inreprehensam*; Α' ναίσχυντον πλεονεξίαν, *Impudentem avaritiam*; Πραγματείαν λόγον μὴ ἔχουσαν, *Negociationem, cujus ratio non redditur*: Ἀναιδῆ ἐμπορίαν, *Inverecundam mercaturam*, quae Graece aliquanto fortius exaudiuntur.

3. (b) Porro si quid Publicani, hoc est, vectigalium Conductores, per vim exegerint illicite, in quadruplum; si sine vi, in duplum tenentur, et extra ordinem plectuntur, *l.* 1. *et l.* 9. §. 5. quae actio talis est, ut restituendo ante litem contestatam, publicanus poenam evitare possit. *l.* 1. §. 4. *et* l. 5. *h.* Nisi actione de vi bon. rapt. conveniatur, quae simpliciter in quadruplum est *l.* 1. §. 4.

4. (c) Haec est prima pars Rubricae, De vectigalibus est altera. Sunt autem proprie vectigalia, praestationes impositae rebus, quae invehuntur aut evehuntur, portoria dicta, quo pertinent species enumeratae in *l.* 16. §. 7. *h. t.* Sed generalius quaelibet praestationes, etiam agris et pecudibus imposita tributa, *l.* 1. *et seqq. C. de exact. tribut. l.* 1. *C. de Ann. et trib. Vectigalia* dicuntur, ut est Scriptura, quam Pastores, et Decuma, quam aratores solvebant. Pacius *hic n.* 3. Jus constituendi vectigalia, merito inter jura Majestatis refertur. Nec Praeses Provinciae, non Curia Civitatis sine Imperatoris, aut ejus qui summam potestatem habet consensu, ea constituere, reformare, iis addere, vel diminuere potest. *l.* 10. *in pr. h. t.* Imo in plerisque locis, ne Reges quidem et Summi Principes hoc jus soli habent. Quippe cum pecuniae cuncta pareant, Populi, quibus non est animus infinitae Principum potestati atque libidini se dedere, dant operam, ne Principes sine populi procerumve consensu vectigalia imponere possint; Quod hi suum consensum ab aliis boni publici postulatis suspendere queant. Sed haec aliaque ad juris publici politicesve

(a) *Pos.* 2. (b) *Pos.* 1. (c) *Pos.* 3. 4. 5. *et* 6

disciplinam pertinent. Jure civili praestantur vectigalia non propter quaslibet res, sed de quibus id est expressum, agris pecudibus, mercibus, quibus homines facilius carere possunt, quales enumerantur in *d. l.* 16. §. 7. Nam de rebus necessarii usus, maxime victus causa paratis, vectigalia solvi, moris apud veteres non fuit. Laus hujus inventionis nostro seculo debetur; Italiae Principibus primum, dein ad aulam Gallicam, inde ad Germanos Principes nihilo seqoius progressa, ne liberis quidem populis neglecta: quas inter Belgae ad tuendam libertatem, in se ipsis exigendis omnium ferme acrimoniam superarunt, ac ita libertatem auream et inaestimabilem esse demonstrarunt: Ut nihil fere sit relictum humanis inserviens usibus liberum, et vectigalis expers. Immunis scil. nemo est, nisi fiscus, *l.* 9. §. *ult.* exercitus, §. *pen. ibid.* et praesides provinciarum, de his, quae ad ipsorum usus sunt necessaria; * sic tamen, ut manu sua publicanis indicare debeant, quid acceperint, *l.* 4. §. 1. *h. t.* quo modo et olim immunitas hujus Academiae Franequeranae exercebatur.

5. Perceptio vectigalium fit vel per collectores, aut Quaestores ad hoc a Republ. constitutos, vel per Redemptores sive publicanos, de quibus dictum. Collectio fieri solet in Tributis; quae facilem habent explicationem, ut est census bonorum, agrorum, domuum, quaeque viritim fiunt contributiones. Sed quae difficiliorem habent exactionem, locari solent mancipibus et praedibus. Neque tamen his ipsis collectio permittitur, sed Respublica nihilominus habet collectores suos, a quibus vectigalia exiguntur, donec expleta sit summa Fisco promissa; Reliquum est pro publicanis: Qui, si quid desit, de suo videlicet, hoc supplere coguntur, aut luere in pelle, si non habeant in aere, quam Regulam in delictis receptam, *l.* 1. §. *ult. de Poen.* ad publicanos utilitas publica fere produxit.

6. Conducere autem possunt vectigalia, qui non prohibentur; quales sunt debitores fisci, et inprimis reliquatores vectigalium, nisi priora debita solverint, aut datis sponsoribus de illis abunde caverint. *l.* 9. §. 2. *et* 3. *h. t.* Tutores et Curatores, antequam rationes reddiderunt. *l. un. C. Ne Tut. vel. Cur vectig.* Rationem reddimus ad *tit. Inst. de Excusat. Tut. n.* 2. Mulieres non prohibentur, quod constet; Imo Moschis mulier debitrix fisci ex causa vectigalium memoratur in *l.* 47. *de jur Fisc.* quod tamen de modico vectigali privatim locato capiendum videtur. Nam ut publica locatione mulier fiat manceps, et praesit vectigalibus exigendis, procul nimis a sexus verecundia et juris Romani disciplina recedit. *arg. l.* 2. *de R. J.* Arcetur mulier a publicis coetibus, *l.* 1. §. 5. *de Postul.* non poterat argentarii munere fungi, *l. pen. de Edend.* quod non magis erat publicae occupationis, quam conductio et exercitio vectigalium. Non erret igitur, qui sic sentiat: Regulariter mulieres non posse vectigalia conducere, ut publice ab illis exerceantur; Non prohiberi tamen penitus, si qua sint exigua certi loci, et modicae occupationis. Aliter D. Wissenbach. *ad h. t. th.* 21.

7. Idem Filios familiarum vectigalia conducere posse, negat *ibidem* argumento prope minus idoneo, quam quo de mulieribus adfirmativam probavit. Ulpianus in *l.* 3. *in pr. de SC. Macedon.* negat, privilegio Senatus Consulti esse locum in eo, qui publice Paterfamilias plerisque videbatur, sic agebat, sic contrahebat, sic muneribus fungebatur, unde subjungit *in* §. 1. cessare SCtum in filiofam qui vectigalia conducta habebat; Inde colligunt, filiumfamilias non posse vectigalia conducere. Minus valide; Nam primo narrat Ulp. filiosfamiliarum extitisse, qui vectigalia conducta haberent; cum de mulieribus, una sola Moschis debitrix e conductione vectigalium referatur in *d. l.* 47. Si exemplum Moschidis, quae tantum fuit debitrix e vectigalibus, probet hanc thesin, mulieres posse publicanos esse, quanto magis ad hoc valebit, quod filiifamilias extitere, qui vectigalia conducta habebant? Praesertim quis filiisfam. majoribus annis 25. nihil obstabat; quatenus constat, patriam potestatem in publicis causis non esse impedimento. *l.* 9. *de His qui sui vel al. jur.* Et de filiisfamiliarum est regula, quod ex omnibus causis aeque obligentur, ac patresfamiliarum, *l.* 39. *de O. et A et l.* 57. *de Judic.* possunt igitur filiifamilias conducere vectigalia, minusque illis obstat quam mulieribus, Attamen non solitos, quamdiu extant in patria potestate, tantis se miscere negotiis, arguit Ulpianus in *d. l.* 3. nec aliter se rem hodieque habere, docet usus magister. Dissent. D. Wissenb. in *d. th.* 21.

8. (d) Tertia pars tituli est, de commissis. Proprie Commissum heic est factum quo quis impegit in legem de vectigalibus. Suetonius in *Calig. vectigalibus indictis neque propositis,*

(d) *Pos.* 7.

* Sic *Res Grav.* 1661 *tit. von Cammer-und Rent Sachen. gr.* 9. eos, qui in Sax. El. feuda possident, ratione eorum, quae in familiae usum advehunt, vel ex fructibus in feudo natis transferunt venumque exponunt, a vectigalibus declarat immunes, modo exhibeantur eorum attestata, *die Frey-Pass-Zettel.* j. Struv. *Obs. Feud.* c. 18. *Obs.* 2. Schultz. *Syn. Feud.* c. 7. n. 150.

cum per ignorantiam scripturae multa COMMISSA *fierent* c. 41. Ulpianus, *Commissa vectigalium nomine etiam ad haeredem transmittuntur. l.* 14 *h. t.* Ratio nominis est, vulgata locutio, committere in legem, *l* 39. *ad L. Jul. de adult. l. ult. de lege Commiss.* committere in poenam, *l.* 23. §. 1. *de Recept. qui arbitr. l. ult. in fin. Quod quisque juris in alt.* Saepe etiam sine praepositione, *committere multam*, Cicero *pro Cluent.* committere Edictum, id est, facto aliquo incidere in poenam Edicti. *l.* 8. §. *ult. l.* 10. §. 4. *de bonor. poss. cont. tab. et l.* 126. *de Legat.* 1. Quin etiam res, quae in poenam commissi publicantur, concisa dictione *committi* dicuntur; committi in publicum fundus, *l.* 17. §. *ult. ad SC. Vellej.* praedia, *l.* 13. *de Negot. gest.* homo committi Fisco *l.* 2. *C. Si serv. export.* commissi mercibus *l.* 41. §. 2. *h. t.* Plena locutio est, pro commisso teneri, publicari: Quintilianus; Quod *quis professus non est apud publicanos, pro commisso tenetur. Declam.* 342. Cedunt igitur Commissa Fisco, * ut dictum, vel eis, qui jus Fisci jure conductionis habent. *l.* 11. *C. de Vectigal.* In quibus locis nihil est contrarietatis, ut velle videri D. Wissenbach. *th.* 22. *h.* scripseram in *position.* 7. Sed vindicat Praeceptorem nostrum D. Thomasius, in scholio ad d. *pos.* 7. his verbis; imo non *videtur*. Nam verba Wissenbachii, *Verum contrarium aperte rescriptum est etc.* non referenda sunt ad immediate praecedentia, sed ad ea, quae in *pr. d. th.* 22. leguntur, *Primo intuitu etc.* Non contendam in hoc articulo, dixerit hoc tantum D. Wissenb. Etsi Commissa Fisco cedant, ac ita publicanis cedere non videantur, contra tamen esse constitutum.

9. (e) Porro lex de commissis satis est rigida; Neque tantum merces committuntur, sed et navis et quaecunque in ea continentur, licita cum illicitis. *l.* 11. §. 2. *h. et l.* 3. *C. de naut. foen.* Ignorantia vel error a commisso non excusat; ut tamen si probabilis sit error, duplo vectigalis defungi possint. *l. ult.* §. 10. *h.* Minoribus 25. annis errantibus ignoscendum, §. 9. *ibid* qui vero merces professus est, sed vectigal non solvit, is est liber a poena. §. 12.

10. (f) Actio de Commisso, datur et in haeredes, non quod poena haeredes affligat, sed quia defunctus dominium vivus jam amiserat: quod proinde per se evocari potest, *l.* 14. *h.* ipsum vero crimen fraudati vectigalis et poena, non transit ad haeredes. *l. ult* §. *pen. h.* conf. *l.* 8. *pr* Haeres quoque publicani, non aliter quam locupletior factus tenetur. *l.* 4. *pr.* Et plures publicani, seu plures qui professi non sunt, singuli pro partibus tenentur. *l.* 6. *h. et l.* 46. §. *ult. de jur. fisc.*

TIT. V.

DE DONATIONIBUS.

I. Donationem non esse Contractum, attamen sine acceptatione non valere II. Posse tamen acceptationem fieri post mortem donantis. III. De Conventionibus omnia bona transferendi, non lucrativis. IV. Quid usu hac de re fiat. V. De personis donare prohibitis. VI. De revocatione donationis. VII. De actione in id quod interest.

(a) Non fuisse Conditores Artis in ea sententia quod donatio sit Contractus, ut probatum est a nobis ad *Tit. Inst. de Donat.* id ex hac quoque methodi ratione colligi potest, quando procul a contractuum sede, in locum, ubi de variis, quasi per saturam, rebus a contractibus alienissimis tractatur, hic titulus est repositus: Verum subtile discrimen esse, quo donatio a contractibus distinguitur, cum *praedicto* loco diximus, tum res loquitur. Ideoque in systemate Jurisprudentiae hodiernae et vernaculae, non visum fuit evitandum, quin et Donationem inter Contractus referremus. *Part.* 1. *lib.* 3. *C.* 14. Certe eodem modo illam, quo contractus, id est utriusque voluntate, perfici, certa res est. Adeo ut donatarius et declaratione donantis, si quidem ipse non acceptaverit, praesens vel absens nihil adquirat. *l.* 10. *h. t.* Quippe donatio μονομερῶς *ab una parte* facta, non valet, ut docet Cujacius 12. *obs. cap.* 28. idque ad usum applicat in *consult.* 47.

(e) *Pos.* 8. 9. *et* 10. (f) *Pos.* 11. *et* 12. (a) *Pos.* 1.

* Jure Saxonico Electorali poenam commissi obtinere, affirmat Modest. Pistor, *Vol.* 2 *Cons.* 48. negat Carpz. *P.* 4. *C.* 41. *def. ult.* quoniam in defraudatores teloniorum mitior quadrupli scilicet, poena constituta. *LR. l.* 2. *art.* 27. Richt *ad Auth. Habita. C. ne fil. pro Patr. P.* 3. *memb.* 2. ac arbitraria poena *constit. Elect. inedit.* definita sit. J. tamen *Res. Gr. d. An.* 1661. *gr.* 114. §. *Wenn wir nun. Mand. Fl. d. prohibita exportatione frumenti d. An.* 1662 §. *uberdiss sall. App. Corp. Jur. Saxon. pag.* 77. *Des Salz-Licent. Patent d. Ann.* 1657. *Appell. C.* 5. *pag.* 91.

estque eadem sententia pragmaticorum, quos recenset Sandius *lib.* 5. *Decis. tit.* 1. *def.* 1. Consequenter, si donatarius ante acceptationem moriatur, donatio fit caduca, nec ad haeredes transmittitur, ut idem ex ratione juris et auctoritate multa probat. Sed recentiores quidam Pragmatici traduot, hodie donationes absentibus et ignorantibus factas, si per Notarium aliumve donatarii nomine fuerint acceptatae, valere. Groeneweg. ad *l.* 10. *h. t.* laudans auctorem Grotium *l.* 3. *Introd.* 2. *n.* 21. Zypae. *Not. jur. Belg. de contrah. stipul.* et alios, etiam Sandium *d. lib.* 5. *tit.* 1. *def.* 1. et hunc quidem male. Scribit enim contrarium his verbis: Nec *sufficit, si Tabellio donatarii nomine donationem acceptaverit, nisi donatarius ad id ei mandatum dederit, vel id postea ratum habuerit* atque *ibidem* Sandius perspicue refellit Antonium Fabrum, qui inter errores pragmaticorum refert hanc sententiam; quod donatio non obliget, nisi acceptata fuerit, *Decad.* 47. *err.* 1. qui abutentur *l.* 35. §. *sed si quidem* 5. verbis: hoc *facere quod instituit. C. de Donation.* Verissimum enim est, iis verbis non excludi acceptationem; maxime, postquam Justinianus eodem modo perfici donationem quo Emptionem venditionem sanxit. *d. l.* 35. §. 5. *et* §. 2. *Inst. de Donat.* Atque hanc sententiam Curia nostra sequitur, et novissime secuta est in ejusmodi exemplo. Lucius Titius Advocatus, cuidam amico suo patrocinatus erat et dixerat coram testibus, absente amico, se donare salaria sua liberaliter isti amico. Post mortem Advocati, sorores ejus haeredes, amicum illum conveniunt et petunt salaria. Respondebat, ea sibi donata fuisse, et probabat quod diximus; sed non quod ipse, vivo Advocato, donationem acceptasset. Condemnatus igitur est ad solvendum, in *causa A. et B. Foikema, contra Heronem Johannis Apothecarium ante ferias Caniculares* 1681.

2. Dicat aliquis, Acceptatio potest fieri ex *post facto.* Et quidem post mortem donantis a donatario, ita ut donatario quidem sine acceptatione mortuo, haeredes ejus nihil petendum habeant, sed donatore mortuo, donatarius suo consensu donationem perficere potest, quod a Grotio traditum in *lib.* 2. *de jur. B. et P. c. XI. n.* 17. cum ratione juris bene consentit, etsi *ex l. Nec ambigi.* 6. *C. h. t.* quam citat Grotius, non probetur. Quare igitur in superiori exemplo, cum Hero etiam post mortem Advocati donationem salariorum acceptasset, non fuit absolutus? Quia sorores Advocati haeredes, eam declarationem defuncti, quae adhuc nullam habebat vim obligatoriam, retractaverant. Quod si Hero ante litem motam insinuasset haeredibus Advocati acceptationem suam, puto, condemnari non potuisset. (1) His, qui dissentiunt, donatarius tacite consentire videtur; nemo enim facile dissentiat in causa lucrativa: sed validius est, quod ad adquisitionem opus est actu animi, et ad actum animi, declaratione, ut Grotius *d. cap. XI.* demonstravit: Praeter quod saepe fit, ut aliquis hic et nunc, ab hoc et illo, donationem non agnoscere malit. Dicuntur etiam esse gentes, quae donationes haud aliter valere patiuntur, quam si traditione impletae fuerint, neque donatorem ad tradendum cogi posse, quam sententiam Gallis quibusdam et Celtis tribuit D. Voetius, ad *tit. Inst. de Donat. pr. n.* 3. *et ad* §. 2. *n.* 5.

3. Caetera, quae ad Donationes pertinent, quantum nobis quidem constat, ad *tit. Inst. hujus Rubricae* executi sumus. Quae ad definitionem spectant primo; deinceps divisionem, et requisitum Insinuationis, ubi *num.* 5. de Donatione omnium bonorum breviter posuimus, * eam videri non illicitam, ne futurorum quidem et praesentium, quia textus generaliter loquitur in *l.* 35. §. 4. *h. t.* et *l.* 1. *C. de revoc. donat.* nec solidi quidquam donationi magis obstat, quam oppignorationi hac parte. *l. ult. C. Quae res pign.* Unica objectio est de facultate testandi, quae adimi non possit. Sane hac propositione nihil est verius, quod attinet ad declarationem solius Patrisfamilias, qui tametsi juraverit se non facturum esse testamentum, quod tamen fecit deinceps, id valet, quia nemo potest sibi talem dicere legem, *l.* 6. §. 2. *de codicill.* nec etiam pactis cum alio juri testandi renunciare. *l.* 15. *C. de pact.* et *l.* 5. *C. de pact. convent.* Sed quominus paterfamilias aliud quid agat, quo per consequentiam testandi facultas intercipiatur, modo in actibus illis nihil

(1) *Vix est ut cum ratione juris hoc consentiat; non enim ad perficiendam donationem sufficit eam ex parte donantis esse perfectam, sed utriusque consensus requiritur, qui deficit mortuo ante acceptationem donatore, ut proinde eam donatarius tunc perficere non possit.*

* Apud nos donatio omnium omnino bonorum mortis causa, non nisi judicialiter facta valet, *P.* 3. *C. El.* 1. §. *Damit nun.* adeoque etiam coram quinque testibus aut pluribus suscepta, non subsistit, Carpz. *ad eand. def.* 23. conf. Richt. *dec.* 22. *n.* 35. j Carpz. *P.* 3. *C. El.* 2. *d.* 8. et tempore pestis coram duobus testibus facta, pariter nullitatis vitio laborat, Carpz. *P.* 3. *C. El.* 1. *d.* 34. j. Richt. *dec.* 28. *n.* 23. cessare autem in hujusmodi donatione omnium bonorum Falcidiam, in Saxonia, ex *P. III. C. Elect.* 1. constat, ubi vide Moller. *num.* 3 etiam jure Saxonico communi a *Land. R. l.* 2. *art.* 30. *Consult. Sax. tom. p.* 2. *qu.* 18. *n.* 5. Jac. Scholtz. *ad Modest. Pist. P. I. qu.* 48. *n.* 16. contrarium tuentibus Modest. Pistor. *d. l.* et Colerus *P. I. d.* 12. *n.* 70. Carpz. *ad d. C. def.* 5. *n.* 1. Richterus *dec.* 22. *n.* 28. et *Vol.* 2. *Cons.* 313. *n.* 7.

sit bonis moribus contrarium, difficile dictu est, quid impediat. Contrahendo aes alienum majus quam in bonis est, dando sese in arrogationem, potest aliquis intervertere testandi facultatem; donando omnia bona praesentia, quod licere non dubitatur, perit testandi facultas his, qui deinde non augent patrimonium, ut palam est evenire saepissime. Ejusmodi homines non possunt deinde facere testamentum, quemadmodum nemo jus aliis contractu quaesitum, per ultimam voluntatem auferre potest: Non quod per actus inter vivos Haereditates deferantur; id enim fieri non posse juris Auctores tradiderunt. *d. l.* 5. *C. de pact. convent.* Sed videndum est, an contractus valeant: quod si constet, non ideo fiunt inutiles, quis per eos paterfam. amisit testandi potestatem, vel potius materiam. Sicut omnium bonorum donatio praesentium, non evertitur eo, quod per eam testandi facultate se videt esse privatum, ita nequidem donatio futurorum bonorum inde refelli potest, quod per eam donator nihil sit habiturus, de quo testetur. Societas equidem ita non potest iniri, ut testandi libertas per eam minuatur: sed hoc ideo, quia nulla post mortem societas durat, *l.* 52. §. 9. *D. Pro socio;* quae res ideo donationi non obstat. Quin nec hoc praetereundum; quod sicut donatio omnium dumtaxat *praesentium bonorum*, spem aliquam relinquit, fore ut donator non sit cariturus omni donationis materia, similiter in donatione praesentium et futurorum, talis spes non plane deficit; Potest enim, si quis velit, ejusmodi donatorem deinceps haeredem instituere, vel legare ipsi aut donare, sub hac lege, ne res illae ad donatarium pertineant. Legem enim quisque suae rei, quam vult, imponere potest. Hae rationes facere videntur, ut si donatio vel conventio, de transferendis omnibus bonis tam futuris quam praesentibus, inita sit, juris effectu carere non debeat. Coras. 6. *miscell.* 12. Wissenbach. *ad h. t. th.* 11.

Plane ego nullus, inquam, video, quare, si donatio praesentium bonorum et futurorum ideo non valeat, quia testandi libertatem adimeret, quomodo simplex omnium bonorum donatio, in patrefamilias, qui deinde res suas non auxerit, testamento praevalere queat. Et tamen si verum est, quod omnes fatentur et textus clare docent, ejusmodi donationes valere, debent esse irrevocabiles. Sed parum abest, quin vulgo ita in Foris existiment: Ejusmodi donationes omnium bonorum debere traditione impletas esse: Conventione tantum factas, non impedire testamentum contrarium, nec forte jura legitima, ut hactenus valeat dictum Galliae alicubi praxeos, DONNER ET RETENIR NE VAUT; *donare et retinere non valet.* At hanc interpretationem legibus repugnare, manifestum est ex *d. l.* 35. §. 5. ubi de ipsa donatione universitatis, quod sine conventione sola perfectae sint, nec quominus futura sub illis expresse comprehendantur, quidquam in Jure quidem obstat, ideoque testamento magis esse videri, ne infirmari possint.

4. Verum in Foro diversum obtinuit, non tanquam juri derogetur, sed ex sententia Interpretum Juris, ut diximus *ad Inst. h. tit. n.* 5. quibus adsentitur Grotius *lib.* 3. *Introd. cap.* 2. *n.* 16. Imo Groenewegius absolute, *Donatio universitatis, sive omnium bonorum*, inquit, *moribus nostris adversatur*, *ad l.* 35. §. 4. *C. h. t.* laudatis Autumno ad eundem locum, et Bugnonio *lib.* 2. *de LL abrog. sect.* 98. ut idem tradentibus; Quod est manifesto juri scripto contrarium. Credo, hoc eos de donatione, sola conventione perfecta, ut modo, intelligere, quod illa non impediat testamentariam vel legitimam successionem. In locis ubi jus civile regnat, hoc est, ubi servatur quatenus specialiter non est abrogatum, ut apud nos; existimem, non posse Judices a clara lege recedere, quae donationes omnium bonorum sola quoque conventione perfectas probat, quibus ideo ne testamento quidem derogari posse dicendum. At super donatione praesentium et futurorum, quoniam haec legibus non exprimuntur, integrum erit, sequi communiorem sententiam. In Curia nostra super ejusmodi donatione disceptatum est, paulo antequam e foro discederem. Mulier Harlingana, donaverat inter vivos sponso, *ante omnia vincula matrimonii*, sic erant verba, omnia sua bona praesentia et futura. Deinde, cum maritus perverse consuleret, testamento facto, alios haeredes instituerat. Donatio non erat actis insinuata. Sed judicatum est deinde pro testamento, contra donationem absolute; at ejusmodi meritis mali moris circumstantiarum, ut si donatio simplex omnium bonorum fuisset, idem futurum fuisse, ut judicaretur, existimem: Cujus rei argumentum habui, quod ne quidem approbata est illa Donatio, respectu bonorum quae donatrix tempore donationis habuerat, imo ne quidem usque ad summam quingentorum aureorum. Qua tamen parte valere debebat regula, quod utile per inutile non vitietur, nominatim quod sancitum est, donationes, quae ob magnitudinem suam infirmantur, absque insinuatione valere usque ad quantitatem lege praescriptam. *l. pen.* §. *ult. C. de Don.*

Idem juris est in conventione non mere lucrativa, de bonis omnibus in alium transferendis, quod omnino distinguendum est a pacto successionis. Hoc enim non valet, ne quidem ad pias causas, nec titulo quidem oneroso, per saepe citatas *l.* 5. *C. de pact. convent. l.* 15. *C. de pactis. et l. ult. de Suis et legit. haered.* Exempli gr. Xenodochii Leovardiensis Curatores,

mulierem quandam receperant alendam, pro certa pecuniae summa: cum pacto, ut idem Xenodochium eidem mulieri, suo tempore, in omnia bona succederet. Haec deinde fecerat testamentum, et de bonis suis aliter disposuerat. Approbatum est a Curia testamentum, eodem *Anno* 1682. Quod si omnia sua bona ex continenti in Curatores Xenodochii transtulisset, quemadmodum fieri solet ab his, qui se diaconis Ecclesiarum nostrarum dedunt, sine dubio non valuisset testamentum de bonis illis factum, non modo si traditio, sed etiam si conventio sola intervenisset, nec quare conventio in terminis valide obligatoriis, ad bona futura produci non posset, ex his, quae dicta sunt, quidquam obstare videtur. Reliqua *ad Instit.*

5. De personis, quae donare possunt, vel prohibentur, egimus* ad *Inst. n.* 6. et de conjugibus *loco separato ad tit. de donat. int. Vir. et Ux.* Sunt inter personas prohibitas etiam Capitis damnati, quod attinet ad donationes factas post contractum crimen, *l.* 15. *h. t.* ubi *τὸ* NISI Florentinae editionis, recte mutavit Haloander in SI. Sed hodie post *Auth. Bona damnatorum. C. de bon. proscript.* cessare hanc prohibitionem, monuimus ad *d. tit. inst. n.* 6. Dissentire videtur Wissenbachius noster in *fin. th.* 10. *h. t.* At enim Justinianus, inquit, in *d. Nov.* 131. *non tam voluit* consulere *damnatis eisque restituere bona; quam descendentibus et adscendentibus conservare legitimam successionem.* Verum haec ratio merito adhibetur ad probandum, capitis damnatos non recuperasse testamenti factionem, nec proinde eorum ultimas voluntates antea compositas habere effectum, quia successio bonorum descendentibus et adscendentibus addicitur, ad quam praestandam non requiritur, ut donationes antea factae revocentur. Utique enim donationes inter vivos a successionibus alienae sunt. Sed donationes mortis causa, diversam rationem habere videntur; sunt enim species ultimarum voluntatum. Ideoque magis est, ut hae in pristina causa maneant et revocentur, *l. 7. de Donat. m. c.* iisque verba D. Wissenbachii recte applicari videntur; Scilicet, ut cum lex hodie successionem omnium bonorum addicat haeredibus legitimis, nulla species ultimae voluntatis ad facultatem damnatorum rediisse videatur.

6. Inter causas revocandi donationem, non recensetur haec, si donatarius omnium bonorum *noluerit alere* donatorem, casu quo donator usumfructum sibi non retinuit. Quin si dialectice agatur, haud difficulter sustineri potest haec sententia, quod donatarius ad alendum non teneatur, ut satagit D. Wissenbachius *ad h. t. th.* 12. Sed aequitas et praesumptio de voluntate partium in facienda suscipiendaque donatione universali, tam praegnans est, ne quis semet ipsum ad famem ultimam liberaliter obligasse videatur, ut aliter quam *ad Inst. n.* 7. posuimus, statuere nefas sit; hactenus saltem, ut donator omnium bonorum donatarium cogere possit ad alendum ipsum, si nimium videatur hanc aequitatem extendere ad causam revocandi donationem Denique et hoc alibi commemoratum; in *loco* tamen, *titulo ad Inst.* indictum, supplebimus: Etsi legitima liberorum a vivis Parentibus exigi nequeat, si tamen hi donationibus ita sese exhauserint, ut legitima post mortem eorum, quibusdam liberis salva non sit, illis detur Querela inofficiosae donationis, per quam usque ad legitimam illa revocatur. *l.* 1. *et t. tit. C. de Inoff. donat.* (1)

7. Donatorem non teneri ad evictionem rei donatae, in id quod ejus interest, si donatarius re donata frui non potest, dictum satis *ad tit. de Eviction.* Verum donatio remuneratoria, pro officiis praestitis, creditur actionem in id quod interest producere posse; quatenus compensationem ejus quod intererat continebat, et merito quidem: Sed hactenus non videtur esse mera donatio, quatenus damno illato, vel lucro cessanti respondet. Hac de re ponam exemplum. Actum est de donatione, quam fecerat *Everardus a Buitenduk in Johannem a Krack,* Praetorem Æogwidensem, ex causa fidelium officiorum et impensarum, quas *Krackius* pro illo fecisset, donati autem erant agri palustres sive caespitifodinae Catlicenses, trans aggerem certum sitae. Has donatarius ajebat se non posse consequi, et petebat eorum praestationem, vel id quod intererat agros sibi tradi; *Declaratus est non admittendus eo modo quo ageret atque adhuc* salvo jure in agros donatos, aut eorum defectu, jure petendi a donatore salaria pro suis operis atque impensis. Sensit igitur Curia, posse eum persequi agros donatos, etsi necdum *proprie* traditos; nec regredi posse donatorem adversus possessores, quia non probaverat adhuc sublatam esse facultatem agros consequendi. Si liqueret, possessorem non habere

(1) *In totum, sive pro tota portione ab intestato debita revocari donationem inofficiosam, probat tum* l. ult. C. de inoff. donat., *tum maxime* l. 87. §. 3. de legat. 2. *neque textus sub tit.* C. de inoff. donat. *evincunt eam usque ad legitimam dumtaxat revocari, uti recte probat Antonius Faber* Conjectur. lib. 3. cap. 17.

* Notari hic meretur, nostro Jure patrem filio in potestate sua constituto, mobilia valide donare. a *L. R. l.* 1. *art.* 10. Carpz. *l.* 6. R. 118. *n.* 12. *sq.* Id. *P.* 2. *C. El.* 12. *d.* 12. quod Jure Civili secus erat. vid. *l.* 17. *et l.* 11. *C. de donat.*

facultatem, non poterat adipisci aestimatiooem agrorum, aut id quod intererat illos sibi aos tradi; bactenus enim ooo teneri doostorem, satis coustat. Id quod interast damui antea percepti, vel lucri cessatis, domtaxat peti poterat. Ita judicatum 20. *Decembr.* 1636. *

TIT. VI.

DE MORTIS CAUSA DONATIONIBUS ET CAPIONIBUS.

I. Donatio M. C. Quid. II. Quomodo distinguatur in dubio a donatione inter vivos. III. An donatio M. C. facta, ne unquam revocetur, debeat insinuari. IV. Aliae donationis M. C. ab inter vivos differentiae. V. Differentiae ab ultimis voluntatibus. VI. Quid M. C. Capiones.

(a) Hujus quoque Rubricae sententism ad *Inst. h. t.* babuimus. Est autem Mortis causa donatio, similis quidem ultimae voluatati, quod ad plerosque effectus, veluti quoad numerum quinquo teatium, *l ult. C h. t.* detractionem Falcidiao, *l. 5. C. ad L. Falc.* jus acerescendi. *l. un.* §. 14. *C. de Cat. toll.* In se tameo magis ad actus iuter vivos refertur, ideoqua nas aliter valet, qusm si a donatario acceptata fuerit, secuudum ea, quae *titulo praeccd.* dicta sunt, juncta *l.* 38. *h. t.*

2. Qusmvis autem Donstio mortis causa iu effectu et omoi appsratu suo, loogo majorem cnm ultimis volnotatibus, ** quam cum actibus iuter vivos adfinitatem habeat, saepe tameo accidit, ut oon facila sit eas discernere a se invicem, sicut in hoc exemplo patuit. Vir uobilis annorum supra LXX. duorum, desponderat puellam quatuor at viginti annorum, eique donaverat bursam auri signati pleosm, octo millia Imperalium, com aliis rebus pretiosis, sub cooditione, si *femina sibi superviveret.* Haeo aliaque redaota erant io formam contractus cum hypotheca bonorum, submiasiooe Curiae, at caeteris, pro more in actibus iater vivoa usitato: adhibitis tameo quinquo testibus. A Sponsa consultus, an haec donatio plane esset irrevocabilis, ut erat inter illos constitutum, respoodi, non asse rem extra omnem ἀναθεώρησιν; quod verius essct illa mortis causa donstio, quae cum revocabilis sit, nou esse a facultate donautis remotuoi, quo deinceps ab illa discederet. Quoties eoim donationi lex et conditio, uisi *donatarius prior moriatur*, est adjecta, toties donstio mortis causa intelligitur, ut patet ex *l.* 14. *et l.* 23. *de Mort. caus. donat.* juncta *l.* 1. *et l.* 35. §. 2. *cod.* Saod. *lib.* 5. *tit.* 1. *Def.* 3. ubi exemplum rei judicatae. Satius igitur visum in rem sponsae, ut doostio pure fieret, sine mentioae de casu mortis, at reservsto usufructu; quomodo res deinde perpetrata ast. Etism potuisaet olausula, *ne unquam donatio revocetur*, apponi; per quam eodem potiti fuisseot effectu, cum talis revera potius sit inter vivoa, quam mortis causa donatio. *l.* 26. *h. t.*

3. Sed magni usus at momauti est Qoaestio, au ejusmodi doustio, quae fit cum meotione mortis, *sed ita ut nullo casu* revocetur, valeat absque insinuatiooe: quod negandum, si pro iater vivos; adfirmandum, si pro donatione causa mortis babeatur. Magis placot adfirmativa: Quia licet hujusmodi donstio, quod ad vim effectumque suum irretractabilem, pro donatiooo inter vivos babeatur, in so tamen atque in gaoere suo aat donatio mortis causa; Talis enim appellatur in *l.* 13. §. 1. *in fin. h. t.* ubi, *sic quoque potest donari mortis causa, ut nullo casu sit ejus repetitio.* Clarius in Novella 87. *in pr.* ubi statuit Justinianus, mortis causa donationes fieri posse, vel ita *ut revocari nequeant*, vel, *uti possint.* Et *in cap.* 1. diserte addit, etsi adjecta sit dcolaratio do uon revocando, *manere tamen rem etiam sic in mortis causa donationis conditionibus.* Qoarum conditiooum sive proprietatum uoa est uotissima, quod non egest insinuatioois, ut ad *Instit.* dictum est.

(a) *Pos.* 1.

* Id quoque hoc titulo addeodum est ex Jure oostro, donationem rerum Geradicarum, Jure Saxonico Electorali, debere fieri vel in Judicio coram Judice pro tribunali sedente, vel personis Judicialibus ab eo delegatis, a femina cum consensu Curatoris et mariti, *P.* 2. *C. El.* 14 per traditionem clavium et designationis rerum Geradicarum, *d. C. ibique* Carpz. *def.* 10. *et* 12. vel coram Notario et testibus, aut duobus testibus tantum, ubi claves in conspectu arcarum, in quibus Gerada continetur, tradi debent *d. C. ibique* Carpz. *def.* 16. dummodo hoc ultimo casu donatio summam. 500. aureor. non excedat, ut dictum supr. *P. I. p.* 173.

** Hinc apud nos mulier sine Curatore, uti testari, ita etiam mortis causa donare potest. a. *P.* 12. *C. El.* 15. §. *f. ibique* Moller. *n.* 74. et Carpz. *d.* 10. Dissent. tamen Schilt. *ad ff. Ex.* 43. §. 31.

Et secundum hanc rationem consulti, D. Boeckelmannus Antecessor olim Lugdunensis Batavus et ego, respondimus olim in causa ad nos remissa Brema, ubi matrona quaedam donaverat amico post mortem suam millia duodecim Imperialium, sub lege *nullo casu revocandi*, neque facta erat insinuatio in Acto publica, quod haeredes donantis fieri debuisse contendebant. (1)

4. Solet alioqui pro nota discriminis inter utramque speciem casu dubio, poni, si donator usumfructum sibi reservaverit si donatarii nomine se possidere constituet, si donationem se observaturum promittat, ut tunc inter vivos sit, uti observat Menochius 3. *Praesumpt.* 35. *n.* 36. idque etsi mortis aliqua mentio facta sit, modo non expresserit donator, se cogitatione mortis velle donatum, ut tradit Donnellus 14. *comment.* *C.* 35. *n.* 63. Sand. in *d. decis. vers. Nec mutat.* addens numerum quinque testium pro nota discriminis haud quaquam esse habendum: Etsi enim quinque testes in ultimis voluntatibus praeter testamentum adhiberi solemne sit, in actibus autem inter vivos pauciores sufficiant, saepe tamen homines in cautionibus rerum agendarum abundent. Denique sic volunt, in universum quidem, si dubitetur, praesumi donationem inter vivos, ut idem Sandius e *Doctoribus*. Denique ita recte colliges, omnia resolvi in id quod diximus, Esse donationem mortis causa, quae facta est in casum mortis, ita ut appareat, donatorem ejus animi fuisse, ut se rem mallet habere quam Donatarium. *d. l.* 1. *h. et* 35. *eod.*

5. (b) Caeterum, donatio mortis causa praeterea in hoc ab ultima voluntate distat, quod cum donatio causa mortis in singulos annos sit simplex, legatum ejusmodi est multiplex, *l.* 35. §. *ult. h.* quod post mortem auferri nequeat, *l.* 5. §. 17. *de his, quae ut indign.* quia tempus, quo capacitas spectatur, est Mortis dumtaxat. *l.* 22. *h.* Postremo filiusfamilias patre annuente, mortis causa donare potest, *l.* 25. §. 1. *h.* quin de adventitiis, quorum ususfructus patri non quaeritur, inter vivos, vel invito patre donare potest, an et mortis causa? Videtur per *N.* 117. *c.* 1. *pr. et* §. 1. sed de his latius non agemus, postea, quae ad *Instit. h. t.* collocata sunt.

6. (c) A donatione m. c. differt mortis causa capio, quae est adquisitio propter mortem alterius obveniens, et quae alio nomine non appellatur, Cujac. in *par. hic.* ut si quid alicui conditionis implendae causa, vel si aliasae mortis causa donatum sit, *l.* 8. *l.* 18. *in pr. et l.* 31. *in pr. et l.* 38. *h. t.* unde exempla petere cuivis obvium est.

(b) *Pos.* 2. *et* 3. (c) *Pos.* 4.

(1) *Si extra mortis periculum quis constitutus dixerit se mortis causa donare, ea lege,* ut nullo casu *revocetur, talis donatio revera erit inter vivos potius, quam mortis causa, uti probat* l. 27. h. t. *adeoque dicerem, non minus tunc necessariam esse insinuationem, quam in alia inter vivos donatione: alias enim facile foret eludere sanctionem legis insinuationem requirentis, quod nullo modo admitti potest. Quod si quis æger, in periculo mortis constitutus, sic mortis causa donaverit,* ut nullo casu sit ejus repetitio, *manebit nihilominus mortis causa donatio, adeoque absque insinuatione valebit: et de hoc casu loquuntur Julianus in* l. 13. §. 1. in fin. h. t. *et Paulus in* l. 35. §. 4. in fin. h. t. *quorum sententiam confirmavit Imperator in* Nov. 87. *Ratio differentiae est, quod priore casu donans donatarium malit erit habere rem donatam, quam se, at posteriore casu, magis se habere voluit, quam donatarium.*

LIB. XL.

UBI VARIA DE SERVIS.

(a) Hic liber totus materia servili occupatur; cujus cum hodie nullus sit usus, * et notitia terminorum ex *Inst.* habeatur, fas erit titulus en eunteoins praetervehi, aliuode facile petondos. Nuda recensio Rubricarum sufficiet. Tituli sunt omnino XVI. Primus est de *Manumissionibus*, cui satisfactum ad *tit. Inst. de Libertinis.* Tit. II. Do *manumissis vindicta*, quae celeberrimus olim erat modus; ubi nota, sis, textum, ex quo vulgo probant, vitam hominis et famam pari passu ambulare, *l.* 9. *in pr. h. t.* quod minime profecto universale est vid. *l.* 6. *et* 7. *Quod met. caus. l. pen.* §. 1. *de publ. judic.* juncta *l.* 6. §. 1. *de his, qui infam not. l.* 42. §. 1. *de Procurator.*

Tit. III. *De manumissionibus, quae servis ad universitatem pertinentibus imponuntur*, qui vix aliud continet, quam universitates hac etiam parte non alio jure quam privatos uti.

In Tit. IV. *De manumissis testamento*, agitur de his, quibus directa libertas testamento datur. Tit. V. *est de fideicommissariis libertatibus* de quibus ad *tit. Inst. de singul. reb. per fideic. rel.* Est heic illud nobile Pomponii symbolum ** in *l* 20. *Nam ego discendi cupiditate, quam solam vivendi rationem optimam, in octavum et septuagesimum annum aetatis duxi, memor sum ejus sententiae, qui dixisse fertur, κἂν τὸν ἕτερον πόδα ἐν τῇ σορῷ ἔχω, προσμαθεῖν τι βουλοίμην. Id est: Etsi alterum pedem in tumulo haberem, non pigeret aliquid addiscere.*

Tit. VI. Loquitur *de ademptione Libertatis* lege facta, ut Ælia Sentia. Enimvero potest etiam a testatore adimi, tam expresse quam tacite, modo expressio voluntatis non sit obscura nimis. *l.* 50. *de Fideic. libert.* Addo quae ad Instit. *lib.* 1. *tit.* 6. dicta sunt.

Tit. VII. *De Statuliberis*, satisfactum ad *Rubr. Inst. de jur. person.*

Tit. VIII. Est de *his qui sine manumissione ad libertatem perveniunt.* Quales sunt, quibus in diem, vel sub conditione, testamento vel Contractu data est libertas, elapsu die vel conditione existente, *l.* 1. *et* 2. *t. h. l.* 3. *de Statulib.* vel si quis ancillam emerit ne prostituatur, et tamen prostituat. *l.* 6. §. 1. *h. t.*

Tit. IX. Est; *Qui et a quibus manumissi, liberi non fiunt, et ad Legem Æliam Sentiam*, quam totidem verbis Rubricam habuimus ad Inst.

Tit. X. De *jure aureorum annulorum*, docet, Ingenuitatem consequi libertinos, quibus Princeps aurei annuli gestandi jus dedit, at salvo jure patronatus. *l. pen. et ult.* Hoc jus cum aliis dedit Augustinus Antonio Musae Medico, quem idcirco prius servum fuisse, necessarium et notum est. Vid. Sigon. *lib.* 2. *de antiqu. jur. civ. Rom. c.* 3. Justinianus aureorum annulorum jus, omnibus indistincte libertinis concessit. *Nov.* 78. *c.* 1.

Tit. XI. De *natalibus restituendis*, docet, eos, qui natalibus a Principe restituuntur, jus plenissimum ingenuitatis adipisci, ut nec obsequium Patrono debeant, nec ingrati accusari queant, secus ac is, qui aureis annulis donatus est, *l.* 3. *C. de bon. libert. l.* 10. §. 3. *de in jus voc.* sed Princeps neminem facile restituebat, nisi consentiente Patrono ejusque filio. *l.* 1. *l. pen. et ult. h. t.*

Tit. XII. Causae *liberales*, de quibus heic agitur, sunt actiones de libertate aut servitute, de ingenuitate vel libertinitate; ejusmodi causae status, maximos exigebant judices. *l. ult. C. ubi causa stat. l.* 32. §. 1. *de Recept. arbitr.*

Titulus XIII. Do iis agit, *quibus ad libertatem proclamare non licet*, etsi ingenui sint nati; quales sunt majores XX. annis, qui gnari conditionis suae, ad pretium participandum se venundari sunt passi, *l.* 1. *et seqq. h. t.* aut

(a) *Positiones ad hunc Librum.*

* De conditione hominum propriorum, ita rusticorum, in Lusatia, *vid. supr. P. 1. p.* 36. conf. etiam Jo. Christoph. Scacheri *JCti Lips. Dissert. de Hominibus Glebae adscriptis, Lusatiae Superioris Lips.* 1725. *edita* de Lassis, *denen Lassen*, qui bello victi agris colendis adscripti sunt, *Land. R. l.* 3 *art.* 44. j. Ziegl *d. dote Eccles. c* 9. *th.* 32. Add. omnino Menck. *in Tract. ff. Synopt. p.* 439.

** Non est hoc symbolum Pomponii, nec sane Juliani, cujus Pomponius verba referat, ut multi sibi persuadent, sed Graeculi, qui de veritate asserti Juliani per epistolam Pomponium rogavit, ut docte ostendit Laur. Andr. Hambergerus *de Edicto Perpetuo c.* 41. Perridiculus adeo Jac. du Breul, monachus S. Germani in Pratis, qui in praefatione Theatri Antiquit. Urbis Parisiens. Julianum Apostatam hoc verbo usum affirmat.

etiam, ut commodius, quam in libertate conditio fortunae eorum ferebat, viverent, uti cum servi publici fiebant, veluti actores. vid. *l.* 6. §. 5. *de Injust. rup. testam.* Aliud Rubricae exemplum vid. in *l.* 2. *h.*

Tit. XIV. *Si ingenuus esse dicatur*, agit de praejudicio, quoties contenditur, utrum quis libertus sit, an ingenuus, quod usum habet, si operae petantur, sive obsequium desideretur, vel etiam famosa actio intendatur aut, in jus vocetur is qui se dicit patronum. *l. ult. h. t.*

Tit. XV. *Ne de statu defunctorum post quinquennium quaeratur*, id prohibet; ne post quinquennii lapsum quaerere liceat, utrum aliquis ingenuus an libertinus fuerit. *l.* 1. *h. t.*

At in Tit. XVI. *Collusio* ponitur, si is, qui status controversiam alicui movebat, ita cum adversario colluserit, id est, simulate et praevaricando contenderit, ut pro ingenuo absolveretur, is fit servus, aut libertus ejus qui collusionem detexit, etsi vere servus alterius qui collusit fuerit. *l.* 1. *et pen. h.*

LIB. XLI. TIT. I.

DE ADQUIRENDO RERUM DOMINIO.

I. Continuatio, et definitio Domini. II. Potestas rem a tertio vindicandi, num quas exceptiones patiatur. III. An dominium sit rerum incorporalium. IV. De origine dominii per occupationem. V. De jure venandi hodierno, et moris Frisici. VI. De modo occupationis, singularia. VII. De jure in feras nondum captas hodierno. VIII. Quomodo res nullius occupatae amittantur. IX. De accessione, nominatim de foetura animalium. X. De Alluvione. XI. De Avulsione. XII. De fluminibus et lacubus siccatis. XIII. De caeteris modis, remissive. XIV. Ad l. 36. h. t. *juncta* l. 18. de Reb. Cred. *XV. Ad* l. 15. de Reb. Cred. *juncta* l. 34. Mandati. *XVI. Quid ex usu hodierno juris sit.*

(a) Non est quod anxie quaeratur, qui factum sit, ut hoc demum loco de Rerum dominio sit actum, quando de actione, quae ex dominio datur, jam pridem, in *libro sexto* absolutum est, et cur tractatus de dominio ac Haereditate, a petitione utriusque juris separatus sit, ut nec commoda, nisi post judicia omnium rerum petitoria absoluta, reperta sit occasio. Verum hic ipse locus de Dominio iste pleneque exactus est *ad Inst.* et in *libro quarto Digressionum a princ.* et *cap.* 10. *cum seqq.* ut heic pro instituti nostri ratione supersedere liceret, nisi momentum rei summarias dumtaxat admonitiones exigere videretur.

Non mutamus definitionem Dominii, quod sit Jus de re corporali perfecte disponendi, aut eam vindicandi, nisi conventio vel lex prohibeat. Perfecta dispositio respondet voci τελείως, *perfecte*, Aristoteli frequenter in definitionibus usurpatae, id quod summum in suo genere est, ac civiliter significans, ut heic quidem, dum quisque dicitur esse liber arbiter et moderator suarum rerum, *l.* 21. *C. Mand.* atque ita resolvitur in liberam rei suae administrationem ac alienationem; quatenus in manibus et potestate nostra res sunt. *Si* vero desierint esse, non ideo dominium desinet, ita sicut possessio, de qua *tit. seq.* sed vindicatio superest.

2. Tunc, inquam Dominium in facultate vindicandi consistit, qua res a quolibet possessore potest avocari, de qua potestate fuit agendi locus in *lib.* 6. *tit. de rei Vindic.* Avocatur autem jure dominii res a possessoribus etiam bonae fidei tituloque justo praeditis, ne pretio quidem, quod dederint, restituendo. *l.* 16. *C. de Evict.* Excipiunt hodie casum, si quis in nundinis bona fide aliquid emerit. Hic enim non nisi pretio ipsi restituto ad restituendam rem sibi venditam tenetur, etsi testibus, ut fit in contractibus cursim atque confertim celebratis, careat; juramento ejus fidem habendam placuit, nisi regressum contra venditorem, et indemnitatis habeat facultatem. Ita Grotius *lib.* 2. *Introduct. part.* 3. *n.* 13. Zypae. *not. jur. Belg. tit. de Rei vind. verb. Jure.* Antverpienses tamen hanc consuetudinem non probant, Consuet. Antverp. *c.* 58. *art.* 1. neque Mechlinienses, *tit.* 2. *art.* 1. *et ibi Christinae:* nec apud nos hujusmodi consuetudinem unquam intelligo esse receptam. Plane, si Princeps nundinas hac lege privilegioque concesserit, non est dubium, quin et ex juris ratione valeat exceptio: Principis etiam auctoritas sine dubio supponitur apud populos, qui hoc privilegium tacite nundinis competere volunt: quia talis exemptio a legibus, et juris alii competentis ademptio, non nisi a summa potestate proficisci potest. Unde cum apud nos, quo nescio juris errore, moris sit, ut nundinae a Magistratibus, sine Ordinum, qui jus Principis habent auctoritate stabiliantur absonum foret, illis tam enorme jus concedere, quo dominii effectus in rei amissae vindicatione obstrueretur.

Alias habent Pragmatici duas exceptiones, alteram in mensulariis sive Lombardis, qui dicuntur, quibus res undique pignori dantur, ut ne cogantur eas repetentibus dominis restituere, nisi pretio, quod ipsi dederint, restituto; modo ne sciverint, aut scire debuerint, res esse furtivas ut Grotius et Zypaeus ibidem; etsi praedictae civitates Mechliniensis et Antverpiensis a jure dominii ne hactenus quidem recedendum putaverint. Neque apud nos id esse admissum, probavimus exemplisque firmavimus ad *tit. de Rei vindic. pag.* 279. Tertiam exceptionem tradunt iidem Auctores in *vestium tritarum venditoribus*, qui apud nos *Uitdragers*, etsi hoc vocabulum primitus alios significat, ut monuimus

(a) *Pos.* 1. et 2.

ad *tit. de Æstimat act.* Hos idem habere privilegium volunt, oisi modo res venditas per triduum publice exiheant. Sed neque Antverpienses, nec iidem Machlinienses id approbarunt, neque ut mihi datum est unquam intelligere, Frisil. Idsoque non probatis exceptionibus, nihil superest, quam ut regula maneat, Domino rem suam vindicanti a quolibet possessore, gratis *esse* restituendam.

3. Porro dominium esse rerum corporalium dumtaxat, eadem indicat definitio, ut probarum a nobis est ad *Instit. h. t. num.* 12. vindicatumque a Thomasii exceptionibus, et denique Responsiones ad textus, qui non fuerant occupati d. *loco ad Inst.* supplevimus in *lib.* 4. *Digress. cap.* 7. *et part.* 2. *Digress. lib* 2. *cap.* 3. Proinde post haec omnia non videmur operae pretium facturi in recensendis iis, quae in priori editione positionum ad *h. t.* collocavimus, quae prioribus et prolixis Thomasii scholis agitata, responsionibus in immensum extendererentur. Summa huc redit, Dominii vocabulo accidere, quod aliis pluribus, in Jure potissimum, ut vel late, vel stricte accipiantur. Late, Dominium complectitur omnia, quae sunt in patrimonio: stricte, sicut modo definitum est. Utra vero significatio propria sit vel impropria, ex usu comparate dijudicandum est. Quem sensum Jurisconsulti sequuntur in loco, ubi ex professo agunt de Dominio, hunc propriom esse dicendum; quem vero aliis locis aliud agentes adspergunt, hunc pro improprio esse habendum, ratio docet. Atqui in Titulis *Inst. et Pand. de Adquirendo rerum dominio*, non nisi de rebus corporalibus agont. Incorporalibus non nisi obiter aliquando dominii vocabulum adscribunt. Unde quid super hac quaestiuncula statuendum, proclive ad existimandum est.

N. ADDIT

Ut vero eo melius judicium suum Lector de hac quoestiuncula dare possit, postulamus etiam, ut ea legantur, *quae* ad Institut *adversus responsiones Auctoris in novis additionibus adduximus, eumque, in finem etiam apponimus ipsas positiones hic Auctori omissas, cum nostris scholiis.*

Positio 2. *Dominium licet abusive, in omnibus quae perfecte ad nos pertinent, aliquando usurpetur, in* l. 70. §. 1. de V. S. l. 48. de haered. Instit. (*a*) *ac ita et obligationes* (*b*) *comprehendat, et servitutes,* (*c*) l. 3. si ususfr. pet. *proprie tamen ac ut terminus Artis, ad res corporales pertinet, velut possessio,* (*d*) l. 1. §. 1. de adqu. poss. *diserte ita* (*e*) *in l.* 4. pr. comm div.

(*a*) Ubi dominium praedicatur de haereditate: Caeterum quod hic significatus non sit abusivus, sed laxior saltem, diximus jam ad *tit. Inst. de R. D. posit.* 31.

(*b*) *Vide supra parte II. de Justitia et J. ad posit.* 10. *n.* 9. Caeterum an hunc significatum ad latiores referre velis, an ad improprios, nobis perinde erit. Certe non adeo frequens est in jure, et Paulus, dum in *l.* 23. *de R. V. In rem actionem ei* tribuit, *qui aut Jure Gentium aut Jure Civili dominium adquisivit*, satis aperte reliquas dominii species, actiones reales producentes, a dominio obligationis, quod actionem personalem efficit, distinguit, quod et supra fecimus *de Justit. et j. d. l. n.* 11. 12. 13. 14. unde cum postea Doctores non infrequenter, ad ostendendos fontes actionum, dominii et obligationis vocibus uterentur, et ita saepissime dominium obligationi opponerent, facile evenit, ut dominium obligationis pro abusivo haberetur, ut vice versa obligatio, quae ex dominio oritur, vix stylo JCtorum pro obligatione habeatur, . 1. *Inst. de act. conf. Philos. Jur.* §. 1'6.

(*c*) *Vide iterum not. ad Inst. de R. D. pos.* 3ı.

(*d*) Verum a possessione ad dominium non agnosco consequentiam. Possessio est facti, et detentio rei quae absque re corporali non potest concipi. Dominium contra juris est, et proprietas quae etiam in rebus incorporalibus potest intelligi.

(*e*) *Vide iterum de R. D. posit.* 30. *lit. K.*

3. *Item ex hac ratione: quae sunt in dominio, illa etiam in usucapione.* (*f*) §. pen. l. Per quas pers. cuique. *Sed in usucapione tantum sunt res corporales.* l. 43. §. 1. h. *Add* l. 13. pr. h. l. 4. de alim. leg. *ubi dominium et proprietas sunt unum et idem,* (*g*) *nec leve argumentum est,* (*h*) *quod in h. t. nec in Inst. rerum incorporalium ulla fiat mentio.*

(*f*) Mallem hanc positionem vel per bonam consequentiam ostendi *ex d. § pen.*

(*g*) At hoc pro nobis est. Si enim proprietas est rerum incorporalium utique et dominium erit. Esse autem proprietatem jurium, vel inde patet, quod eadem in alium transferri possit, non solum moribus consuetis, ubi v. g. in cessione actionum nihil frequentius formula, quod cedens transferat proprietatem actionis in cessionarium, *das er sich alles Eigenthums lossaget, unde sein Recht dem andern eigenthumlich ubergiebt*, sed et, ni egregie fallor, Jure Romano per cessionem solemnem, quae in jure fiebat. de qua vide omnino *Ulp. tit.* 10. *et conf. Auctor ad Instit de Usufr. posit* 35. Quod si ea sit intentio Nostri, *in d. l.* 13. *pr. hic et d. l.* 4. *de alim. legat.* proprietatem praedicari de rebus corporalibus, dicemus: unius positionem non excludere alia,

(h) *Dixi ad Inst. h. t. posit.* 30. *lit. L.*

4. *Efficacissime autem hoc probatur inductione specierum, quae cum incorporales sint, ad dominium a multis referuntur, ut servitus, quae dominio opponitur,* (i) l. un. de Remiss. *usus fructus in* l. 43 in f. de Furt. *dein possessio quam a Dominio alienam* (k) *esse, ostendit rubr. hujus* et seq. tit. *et definitio usucapionis, differentiaque inter petitoria et possessoria judicia, quae sunt notissima toto jure fundamenta.*

(i) *Dixi ibidem lit. M.*

(k) Quoad possessionem consentio.

5. *Valeant igitur, qui volunt dominium esse triplex, proprietatis, servitutis, possessionis.* (l) *licet ita D. Wissenb.* ad h. t. *th.* 2. *dix in proelect.* h. tit. Inst. th. 1 l.

(l) Dominium possessionis et ipsi rejicimus. Agnoscimus equidem Dominium Servitutis, et praeter hoc dominium pignoris et haereditatis, Illustrem secuti Bornium, at non opponimus eadem cum Wissenbachio dominio proprietatis, sed dominio rerum corperalium, nam et haereditatis, et servitutis, et pignoris fatemur proprietatem.

6. *Non obst.* l. 2. C. ubi in rem act. l. 9. C. de Pign. l. 11. C. de omn. agr. desert. *ubi clarum est possessionem sumi pro prandiis possessis vid. Brisson. de V. S. verbo,* Possessio.

7. *Nec etiam* d. l. 70. §. 1. de V. S. et l. 48. de haered. Inst. *ad quas responsio jam occupata est.* (m)

(m) *Scil. posit.* 2.

8. *In l* 3. in fin. si ususfr. pet. *dominium ususfructus memoratur; at eodem sensu, quo possessio* (n) *usufr.* ibidem *improprie et abusive. l.* 3. pr. de Adquir. poss.

(n) Repete dicta *ad posit.* 2. *lit. d.*

9. *Eodem modo respondendum* (o) *ad* l. 15. §. 8. Quod vi aut clam. *vel dici,* (p) *servitus ad causam dominii pertinet, quatenus per eam adficitur dominium et minuitur, sed per se neutiquam est dominium*

(o) Eodem ergo et regerendum.

(p) Sed haec responsio nimis procul accersitur.

10. Lex 118. de V. O. *quae fructuarios aliquando jure dominorum gaudere ait, per hoc fortiter probat, eos non esse dominos.* (q) *idem fere l.* 4. de usufr.

(q) Scilicet rei usufructuariae tanquam corporalis.

11. *Nec quod servitus vindicari dicitur* Rubr. ff. si servitus vindicetur, *id dominium probat, cum vindicationis verbum late de qualibet in rem actione,* (r) *licet aliunde quam ex dominio orta, usurpetur.* §. 15. I. de Action *Reliqui textus quorum meminimus* d. th. 12. *nullius sunt argumenti.*

(r) Sufficit, quod omnis in rem actio ex dominio oriatur, *per d. l.* 23. *pr. de R. V.*

12. *Ususfructus equidem, si consideretur non ut formaliter a proprietate separatus, sed ut rei emolumentum, recte dominii pars* (s) *appellatur,* l. 4. de usufr. l. 70. §. 2. de fidejuss. *et sic ad constituendum dominium concurrit, atque in eo est ut pars in toto, minime vero ut species sub genere. Ususfructu autem separato, nuda propretas dominii nomen sola retinet, ac saepe dominium proprietatis vocatur.* l. 17. Quib. mod. ususfr. amitt. l. 4. C. de prob. *Unde cave colligas,* (t) *fructuarium esse* dominum ususfructus.

(s) Quoties ususfructus dicitur pars dominii, toties intelligitur dominium strictissime rei corporalis. Quoties vero ususfructus dicitur species dominii, vel dominium ususfructus, toties intelligimus dominium rei incorporalis.

(t) Agnoscimus hanc cautionem, quatenus non recte infertur: Usufructuarius habet dominium rei usufructuariae, quia ususfructus antea erat pars dominii in ista re corporali. (nam proprietas est pars essentialis, ususfructus vero proprietati cohaeret accidentaliter, ita ut ad essentiam dominii in re corporali nihil faciat, et salvo quoque dominio a proprietate separari possit) Sed quod auctor nos cavere jubet, ne colligamus, fructuarium non esse Dominum ususfructus, (tq rei incorporalis) id ex antecedentibus non potest inferri.

13 *Hunc jura terminum ignorant.* (u) *Dominium plenum separatione ususfructus non abit in duo dominia,* (x) *sed dominium* (y) *denudatur, et reverso usufructu consolidatur, quod tamen et antea dominium erat.* §. ult. I. de usufr.

(u) Sed contrarium ostendit *d. l.* 3. in fine, si ususfr. petetur.

(x) Ejusd. rei corporalis.

(y) Supple iterum, rei corporalis.

14 *Qui nudam proprietatem habet, is non modo dominium, sed et fundum habere absolute, eumque petere dicitur, et ususfructus tantum pro qualitate fundi,* (z) *ut alia servitus, habetur,* §. 9. Inst. de Legat. *qui petit fundum, is jure Dominii necessario agit.* l. 23. pr. de R. V.

(z) Ergo qui usumfructum fundi habet, non habet dominium fundi. Sed quid inde?

15. *Quin et plenum dominium saepe vocatur proprietas, ne quis putet, hanc vocem semper absentiam ususfructus notare.* l. 2. quib. mod. ususfr. am.

16. *Porro, quod servitutum tradit iomemoratur in* d. l. 13. pr. l. 1. §. ult. de S. R. P. *quomodo accipiendum sit, ex* l. ult. de

servit. et l. 3. §. 2. de act. empt. *patet. servitutum non est traditio*, (aa) *sed aliquid pro traditione, usus nempe et patientia usus* d. l. 1. §. ult.

(aa) *Ex hoc probatur saltem, non esse veram possessionem servitutum, non autem earum non esse verum dominium.*

17. *Ita facile respondetur* (bb) *ad ea, quae Bachovius pro dominio incorporalium rerum disputat* vol. 2. disp. 20. th. 1. lit. L. *Latior tamen explicatio, cum res ferat, dabitur.*

(bb) Ita, ut vides, facile etiam regeritur.

Ultima definitionis, lodicant alienationis prohibitae causas, de qoibus actum *ad tit. D. Quae res pign. vel hipoth. obl. non poss.* item ad *tit. de Sc Trebell.*

4. De origine Dominii, copiose actum a nobis in *d. lib* 4. *Digress. cap. XI et seqq* probatumque, etsi jure naturae omnia sint communia, Dominii tamen institutum causam habere justissimam. Summa rationum illarum haec est: Deus hominibus dedit aequabile jus in res inferioris naturae, quod recte Communio appellatur. Sed ea iis rebus quaedam ejusmodi sunt, ut universali generis humani usui sufficiant, quemadmodum praeter Solem, Lunam, sidera, coelum, est etiam majori parte Aer et Mare, quarum idcirco mansit in perpetuum communio. Quod etiam in iis, quae oco recipiunt universam et stabilem adquirendi causam, ut suot ferae bestiae, volucres, pisces, obtinuit. Aliter se res habuit in caeteris, quarum usus non sufficit omnibus, et quae pariter ab omnibus usurpari nequeunt, etsi et harum diversa tamen ratio apparet. Quaedam enim sunt talea, ut usu consumantur in continenti, quaedam minuantur et paulatim evanescant. Prioris generis sunt esculenta, potulenta, quorum communio non potest durare per rerum naturam, quia quod quisque in usum alimenti sumit, in ejus substantiam vertitur, de quibus ideo parum abest, quia verum sit; divisionem pari cum ipsa communione, loco et gradu consistere, ut communionis primaevae adversarii urgeot; etsi verum non sit, communionem animo saltem concipi non posse; cum utique temporis aliquod spatium praecedat alimentorum censumptionem, nec omnia simul comedantur: in rebus quae sensim consumuntur, ut sunt vestes aliaque utensilia, non poterat etiam vel commode, vel diu subsistere communio; quod de habitatione similiter res loquitur; maxime postquam usus et salubritas aedificare docuit; quia nihil convenientius est naturae rationali; quam ut quisque labore suo utatur fruatur: quod etiam locum habet in operis jumentorum naturalibus aut edoctis. Per consequentiam autem immediatae consumptionis alimentorum, et exclusae communionis ab illis, necesse fuit, jus commune brevi quoque cessare in subjectis unde alimenta percipiuntur, ut sunt agri, et bestiae quaedam; nisi quamdiu omnes promiscue satis abundanter inde poterant ali, idque sine cura et cultura. Nam ubi primum haec accessit, singuli laboris sui fructus sibi vindicare debuerunt. Accessit discordiarum, quae ea communione oritur, experientia. Qua factum est, ut primo integri populi certas regiones occupatas limitibus ab aliis discreverint, atque intra suos limites divisionem per fundos singulaque mobilia instituerint. Quae occupatio fluxit ita ex necessitate rerum hominumque, et ex tacita conventione naturae rationi convenientissima, quam Justinianus indicat his verbis; *Quod enim antea nullius est, id naturali ratione occupanti conceditur.* §. 12. *Inst. h. t.*

5. Haec est origo dominii per occupationem, quae versatur circa res Nullius, ut copiose ad *Inst.* et in *Digress.* expositum dedimus. Cujus usus cum sit naturalis, non potest hodiernis moribus esse abrogatus, potest cujusque populi voluntate, id est Lege, restringi et restrictus est; ut de venatione ferarum nobilium, constat ubique per Europam, secundum cujusque populi placita et praescripta: qua id autem ratione nitatur, dix in *lib.* 4. *Digress. c.* 19. Nostrates jus venandi extenderunt ad omnes Nobiles et immobilium possessores Edicto *Ordin. d.* 14. *Mart.* 1610.

Praeterea, (detur venia haec referendi ex. gr.) Centurionibus militum, consequenter etiam Tribunis et altioribus praefectis, suo nomine et Instrumento, non ex mandato *lib. IV. Statut. VIII. art.* 15.

Celsissimo Gubernatori Haereditario Provinciae, datum est Privilegium venandi, exclusis omnibus aliis, per agros praefecturae Biltanae, ex Decreto ordinum *d.* 15. *Mart* 1650.

Si quis adversus edicta venatus fuerit, singulis vicibus mulctatur decem Carolinis, cum jactura instrumentorum. *d. tit.* 8. *art.* 12.

Nec bis, quibus venari licet, aliter licet quam pilum pilo, ut ait Statutum, *hair met hair*, non sclopetis, aut cassibus, sub poena centum Florenorum aureorum. *art.* 3.

Neque plures quam tres lepores una die capere licet. Edictum d. XXII. Jul. 1652. art. 11.

Inter Vigiliam Quadragesimae et Festum Jacobi, prorsus venari non licet, ut detur spatium geniturae; eademque causa prohibita est venatio universa tertio quolibet anno, praeterquam in sylvis, sub poena decem Carolinorum. *d. tit.* 8. *art.* 2. *et* 16.

Mandata venandi exteris dare non licet, (quos inter tamen nos numeramus Studiosos) nec pluribus simul mandare licet, verum singuli ad

singula venandi genera dumtaxat; denique finitur anno ejusmodi mandatum. *d. tit.* 8. *art.* 15.

Haec etiam pertinent ad aucupia volucrium nobiliorum, discretis terminis habilibus, ratione modi et instrumentorum venandi; adde, quod perdices anniculos suae libertati restituere oportet. *d. tit. VIII. art.* 7.

Praeter aves nobiliores, vetitum est petere sclopis etiam anseres, anatesque mansuetas, aliasque ejusdem generis, quas vide *d. lib. IV. tit.* 9. eaque gratia, apud decipulas, vulgo *koyen*, non licet uti sclopetis, eis distantiam sexcentarum perticarum, sub poena duodecim florenorum, et commisso instrumenti. *d. tit.* 8.

Quin et reliquas aves feras vetitum est petere sclopis, a medio Martio usque ad Festum Bartholomaei, sub poena sex florenorum et commissi, ut supra, *d. tit art.* 13. excipe passeres, sturnos, et omne genus volucrium noxiarum, quas cuilibet quovis tempore licet capere, dissipare, perdere; nidis excipere nulli licet. ex Edicto *d. XXVI. Mart.* 1658.

Cygni ferae naturae sunt, eosque capere licet, modo nae feriantur, qui ad alios pertinent, nam talium caedes mulctatur viginti florenis. *lib. IV. Stat. tit.* 10. *art.* 26.

Quaesitum memini ex facto, an haec mulcta debeatur his quorum Cygni fuerunt proprii? Quod non videtur: Nam vocabulum *Verbeuren*, quod est in *d. art.* 26. magis significat mulctam, quam non exigunt privati, adde *art. ult. d tit.* 10. ubi est eadem expressio; Atqui commissum *verbeurte*, nihil ad id quod interest privatorum spectat.

Recurrendum igitur ad locum communem, qui est in *tit.* 8. *art.* 2. ubi mulctae venationum, in genere applicantur Praefecto Generali Venationum, vernacule *den Houtvester*; aut Magistratui cujusque loci, jure praeventionis. Etsi de Cygnis aliquando secus a Curia nostra judicatum meminerim.

Reliqua de Venationibus, earumque speciebus, petas licet ex allegatis Statutorum capitibus, nisi addere velis, prohibitam esse venditionem ferarum nobilium, inprimis exportationem e finibus Provinciae, sub poena centum florenorum aureorum, ex Edicto *d. XXII.* Jul. 1652.

Piscatio promiscue licita est in Frisia, praeterquam in portubus, aliisque fortean paucis locis, ubi vel publice locatur, vel certis Patribus familiarum datum est hoc jus, pro refectione pontium aliorumve onerum communium: et tamen illic etiam hamo cuilibet piscari fas est, modo aquae non sint in fundis privatorum.

Sed retia, quibus in piscando Cives utuntur, facta esse debent secundum formam publice praescriptam, quam, et reliqua huc pertinentia, vide *d. lib.* 19. *Stat. tit* 6.

Evehere pisces, in et sub Frisia captos, extra Provinciam non licet, nisi per duas horas in aliquo foro venum expositi fuerint, sub poena commissi, navis, piscium pretiique eorundem; iterum deprehenso duplum irrogatur, postmodum arbitraria poena est. *d. tit.* 6. *art.* 1.

Sed novissime bono publico sancire placuit Ordinibus, ut certis hominibus liceret evehere pisces panculis in hunc usum navibus publice concessis, quod tamen deinceps versum in contrarium experientia, rursus abrogatum est.

Trinis ante et post Calendas *Majas* hebdomadibus piscatio fovendae geniturae prorsus interdicta est, sub poena, prima vice quindecim, secunda triginta florenorum, tertia sub graviori arbitraria poena. *d. tit. art.* 17.

Postremo nota, si libet, ova nobilium et mansuetarum avium fas non esse tolli neque vendi, nec quidem *Kivitarum* quas habemus, licet hae nec nobiles, nec mansuetae sint, nisi in propriis fundis, sub poena decem Carolinorum. *d. lib.*

6. Haec ita exempli causa. Quisque suae Patriae mores conferat, licet. Caeterum occupatio ferae, piscis, non modo fit manibus, sed et instrumentis, * modo instrumenta sint in nostra potestate, et fera ita sit intricata, ut inde exire nequeat, adeo ut qui illo casu feram interceperit, in id quod interest teneatur, *l.* 55. *h.* qua de re vid. Donell. 4. *comm.* 8. Bronchorst. 3. *Antinom.* 76. Aliter Cujac. 4. *observ.* 2. dix. 4. *Digress.* 17. *n.* 2. Opus autem est facto aliquo, veluti, si quis sylvam circumsepserit, vel lacum suum prius aquis commissum aggere objecto obstruxerit, nempe si tam pisces quam ferae illuc immissae sint, non aliter, *l.* 3. §. 14. *de Adq. poss.* quanquam prius illud ex ratione juris gentium simpliciter sufficeret, ut putat Grot. *lib.* 2. *c.* 1. §. 2.

SCHOLIUM.

Vereor, an haec sententia et menti Nervae et Grotii conveniat. Sane Nerva vult feras etiam immissas sylvae circumseptae, et pisces in lacu inclusos non possideri. Et sic eundem quoque Grotius intellexit ac eidem contradixit. Neque de possessione ferarum non immissarum Grotius quidquam. Caeterum, qui inter Nervam Grotiumque dissensus est, communiter tollitur explicando

* Immo forte nuda voluntate, ut multis ex intimiore philosophia et ipsis legum Romanorum argumentis disputat Ill. Gundlingius in *Gundlingianis suis P.* 31. *n.* 1. Von Erlangung des Eigenthums ohne Berubrung und Corperliche Bewahrung.

Nervae dictum de stagno aperto, einer offenen See, *et de sylva ornatus tantum causa circumsepta, ut tamen ferae possint evadere. Vide ex Grotii Commentatoribus* Du. Ziegel. p. 315. Heun. p. 538. sqq. *Aliter* Du. Puffend. IV. 6. 11. p. m. 500.

RESPONSIO.

Opus est videre Pauli verba. quibus Nervae sententiam exponit; Item feras bestias, ait, quas vivariis ineluserimus, et pisces, quos in piscinas conjecerimus, a nobis possideri. Sed eos pisces, qui in stagno sunt, aut feras quae in silvis circumseptis vagantur, a nobis non possideri, quoniam relictae sunt in libertate naturali: *Alioquin, etiamsi* quis silvam emerit, videri eum omnes feres possidere, quod falsum est. *Existimavi, ex his verbis manifestum esse, Paulum et Nervam in ea sententia fuisse septa molesque sylvis et stagnis circumjecta non ita adficere pisces singulos, ut naturalem amittant libertatem et occupatae censeantur; verum facto aliquo singulis applicito esse opus ut inclusione et conjectione in aquas. Nervam de feris in sylvas circumseptas* immissis *et de piscibus in stagna conjectis loqui, ut adserit Thomasius. Lector* αὐτόπτης *refellet*: *et comparatio cum sylva empta secus demonstrat. Possideri negat pisces et feras in sylvis circumseptis et stagnis vagantes in iisque deprehensas, non illuc immissas. Grotius complexionem solam putat sufficere. Distinctio Thomasii toto genere abhorret; nec enim nisi de aquis undique conclusis agitur in hac quaestione, et sylvas ornatus causa non feris claudendis quis cingit septis Praeter quod nec tales ad genus quaesiti pertinerent. Libertatem naturalem feris talibus adscribit Nerva, quod vagentur neque per se adhuc captae fuerint. dix* lib. 4. Digress. cap. 17. n. 3.

N. ADDIT.

Jam Auctori consentio. Expungatur itaque Scholium.

Moribus odiernis sententiam Grotii magis esse valituram, non videtur abnuendum.

7. Ubi prohibita est venatio, ibi non quidem dominium immediate Principibus addicitur, sed tamen mediate, quam primum fera occupata est, Principes ministerio capientium Domini fiunt, quod liquet inde, quia privati feras sine venatione captas retinere non possunt. *Constit. Car.* V. 196. Grot. *lib.* 2. *jur. Holl.* c. 4.

SCHOLIUM.

Sic putem tamen in locis, ubi Principes jus venandi sibi reservarunt, eos etiam ante venationem dominos ferarum, quae in ipsorum territorio vagantur, esse, et quidem jure accessionis, quo pacto dissentientibus, quos inter etiam est D. Pufendorff. IV. 6. 7. *non difficulter responderi potest, quod forte, cum ad jurisprudentiam civilem non spectet, fiet alibi. Conf. interim tradit a* Du. Puffend. IV. 6. 4.

RESPONSIO.

Responsionis loco remittimus Lectorem ad lib. IV. Digress. c. 20. *ubi duas sententias videbit cum ratione rejectas Primam Grotii, quod Principes aliaeve personae privilegiatae sint domini ferarum, etiam antequam capiantur. Alteram Vinnii et aliorum; Puffendorffi quoque* in d. l. 4. *c.* 6. n. 4. *qui statuunt, Principibus non competere dominium sed tantum jus venandi feras. Thomasius priorem sententiam nova ratione confirmat; quod Principes sint domini ferarum, quae in ipsorum territorio vagantur, jure accessionis. Quod si verum est, quisque dominus fundi pariter erit ferarum in eo vagantium dominus, in iisque cessabit occupatio, contra certam juris doctrinam. quae non admittit, accessione tam fluxa vagaque dominium transferri.*

N. ADDIT.

Facile responderi poterit ad hanc objectionem Auctoris, si prius praemisero declarationem doctrinae meae ex institutionibus juris divini n. 140 *scq.*

Originarius modus hodie est unicus, occupatio; haec vero est apprehensio rei nullius, cum animo sibi eam appropriandi. Unde regula vulgaris: Quidquid nullius est, occupanti cedit. Prout autem res ipsae variant, ita variat etiam rerum apprehensio. Hinc mobilia manibus, immobilia ingressione adeoque pedibus apprehenduntur. Est et alia inter haec duo differentia; ad occupationem immobilium sufficit solus corporis contactus, at in mobilibus requiritur etiam, ut ex eo loco, ubi positae fuerunt, dimoveantur, et in locum aut custodiam nostram transferantur. (Ita etiamsi aves in nido tetigerim, abeam tamen postea, possunt ab alio, abstrahendo a legibus civilibus, occupari. Simile quid in apibus.) *Quanquam forte dicendum sit, et in mobilibus sufficere apprehensionem absque motione, si modo illa demonstrari possit.* (e. gr. adquiro feram bestiam mortuam, quam primum cornua teneo; lapillum, cum manu tango.) *Item res mobiles, et praeprimis se moventes occupantur instrumentis, v. gr. jaculis, laqueo etc. at immobiles jaculis v. gr.* (vide exemplum de Andriis et Chalcidensibus apud Puffend. IV. 6. §. 8.) *apprehendere, nunquam inter gentes receptum fuit. Porro cum mobiles regulariter terminos certos ac fines habeant, nullum est*

dubium, quin si unum rei terminum apprehendam, totius rei dominium adquisiverim. At in immobilibus, quoniam hae fere naturaliter sibi cohaerent, distinguendum erit. Vel enim eae fines certos acceperunt ab hominum industria, vel minus. In illis, (*quales sunt aedes*; Huc pertinent etiam agri, postquam certi jam termini ipsis ab hominibus sunt, positi) *etiam praesumetur tota res adquisita, si pars apprehensa corpore sit. v. gr. si quis aedes sit ingressus. In his vero necesse est, ut aliis signis corporeis declarem animum meum, quousque eas occupare voluerim.* (In adquisitione nempe originaria. Nam in derivativa, si minimam partem fundi pedibus tangam, erit possessio adquisita. Nullum enim mobile potest esse sine immobili, saltem quoad usum hominis) *qualia signa sunt, si limites ponam, si culturam iis adhibeam etc* (Unde si Meroator eum sua familia per naufragium ejicistur in insulam desertam, tantum id ex insula occupasse eensebitur, qusotum coluit, aut limites posuit. Reliquiae partes sb aliis, qui per naufragium eo appelluntur, oceupari possunt. Adde Puffend. IV. 6. 8.) *Denique cum mobilia accedant immobilibus, non hae istis, igitur abstrahendo a specialibus statutis, occupatione mobilium,* (v. gr clavium) *nunquam adquirentur immobiles. At immobilium apprehensione, simul res mobiles his accedentes adquisitae regulariter erunt. Pro accessoriis autem habebuntur omnes res nullius quae, in rebus immobilibus continentur, aut quarum sine immobilibus non est usus, sive sint mobiles in specie, ut res inanimatae, sive se moventes ut bestiae, sive supra terram, ut aer, sive intra eandem, ut v. gr. thesaurus,* (De feris bestiis et Thesauro dissentit Puffend. IV. 6. §. 4. 6. 7. Sed mihi videotur rationes eius, quss movet eires feras bestias, etiam obstare adquisitioni bestisrum maosuetarum, alia ut jam tecesm) *Sive ita sint comparatae ut istis statim possim uti pro lubitu, sive speciali et laboriosa apprehensione ad utendum iis sit opus.* (ut in feriis bestiis) *Sive sciam, ubi eas deprehendere possim, sive nesciam,* (ut in Thesauro) *In eo tamen inter res se moventes et motas ab alio, est differentia, quod dominium rerum se moventium,* (*quorsum etiam refero aerem*) *sine speciali apprehensione sit saltem momentaneum, et quamdiu eaedem se ipsas non movent extra rem istam immobilem quod si vero citra factum humanum aliunde se conferant, desinat dominium nostrum, quoniam tum sunt accessoriae aliarum.* (Atque hic iterum puto easdem esse rationem bestiarum ferarum et mansuetsrum. Et accurate loquendo, si ses nullius occupata fuerit, etsi ibi eontiecantur bestiae mansueti generis : ut aves, gallinae, revera tamen noedum essent mansuetae, non enim degerint inter homines, nisi forte in rebus derelictis.) *Alia est ratio rerum mobilium in specie; quoniam enim hae regulariter non nisi ab hominibus moventur, per ejusmodi motionem dominium meum non potest interverti, neque moventes earum dominium per apprehensionem adquirere, quoniam ante apprehensionem non erant nullius. Quod si igitur is, qui rerum immobilium dominus per occupationem est factus, res se moventes,* (sive feras bestias, sive mansuetss. Tum enim sunt adquisitae, non amplius ut accessoriae, sed ut principales) *separatim apprehendat, et ea manebunt in illius dominio, etiamsi postea se ipsas in alium transferant locum. Caeterum uti res semel adquisitae per derelictionem desinunt esse in nostro dominio, et primaevam conditionem recipiunt; ita nullum debet esse dubium, earum rerum dominium quaerendum esse per occupationem. Ex dictis jam facile responderi poterit ad quaestiones spinosas JCtorum,* (confer. Puff. cap. 6. §. 4. 5. 6. 7. 10. 11. 12. 13. et cap. 9. §. 8.) *de adquisitione ferarum bestiarum,* (quod non adquirantur nisi per occupationem, quod item potuerint occupari in fundo alterius) *ac amissione* (quod etiam specialim occupatarum dominium amittatur, si in libertatem naturalem se receperint) *earundem, de adquisitione gemmarum in littore maris inventarum,* (quod pertineant ad privatos inventores) *de jure Principis hodierno in easdem utrum pro dominio,* (quod puto propter §. 147. sq. Dissentit tamen Puffend. Sed vide quae notavi jam ad §. 148.) *sit habendum, et an subditi contra prohibitionem Principis venantes, furtum* (et hoc ego affirmo) *committant? de adquisitione item thesauri, utrum ad occupationem spectet?* (Eo refert Imperator in Instit. sed male. Pertinet enim magis ad accessionem) *Et an eo referri debeat adquisitio missilium?*

His praesuppositis, respondeo, ea, quae Jus Romanum disposuit de occupatione ferarum bestiarum, esse ex Jure civili. Cum enim populus ab initio territorium occupans, etiam sit dominus ferarum quamdiu accessoria manent, poterit is vel ejus nomine Princeps distribuendo agros subditis, sibi feras et jus venandi reservare, vel earum dominium simul cedere subditis. Cesserant. Romani, sed ne tamen occasio litibus detur, in quo agro fera capta esset, recte propter lites has tollendas Jus Romanum disposuit, ut tanquam res nullius, et quasi a rep. pro derelicto habitae, deberent cedere occupanti.

Cum igitur neutra earum sententiarum vera videatur, ut pluris *d. loco* demonstratum est; Videndum, ne non verius sit, medium inter utramque opinionem dari. Existimo nihil obstare, quominus Lex efficere posse dicatur, ut non modo princeps solus venandi jus habeat, sed, ut cives, quos venari contigerit, feram capientes, id ut ministri Principis facere censeantur, adeoque non sibi, sed Principi dominium adquirant. Ita absurdum vitabimus, ne Lex jus gentium evertat, dominiumque ferae vagabundae stabiliat; nec minus rationem dabimus, quare is, qui non est venatus, feram non faciat suam; plane cum neutra priorum interpretationum stare possit, nihil superesse videtur, quam ut in hac nostra mediaque sententia subsistamus, ut Lex faciat Principem dominum, sed non nisi per occupationem. Enimvero Privilegio venandi non adfici dominium ferarum, sed hoc non nisi per occupationem adquiri, satis inde patet, quod Principes habent suum jus a populis, quibus venandi jus naturaliter competit, nec ideo plus habere possunt quam populus habuerat. Atqui nullus populus est dominus ferarum quoque tempore per suos fines vagantium. sed quamdiu captae non sunt, manent generis humani communes. Quod autem sola prohibitio venandi facta singulis, et competens Principibus, non absolvat jus Principum, inde probaveram, quia privati feras sine venatione captas retinere non possunt. *Pos.* 20. *ad I. h.* Ad hoc Thomasius.

SCHOLIUM.

Mallem hoc apertius dixisset; Neque enim vim consequentiae intelligo; neque quid per feras sine venatione captas innuat, neque ex Constit. Carol art. 196. *vel potius* 169. (*nam hunc auctor prae oculis habuisse videtur*) *quidquam huc faciens excerpere valeo.*

RESPONSIO.

Consequentia, quae tam obscura Thomasio videtur, haec est: Cives tenentur ad feras etiam fortuito et sine venatione captas, in publicum deferendas, quod est in d. Const. Carolina, et apud Grot. 2 manuduct. jur. Holl. c. 4. num 5. *Ergo sola venatio non est prohibita, ut Vinnius et Puffendorfius volunt; nam tunc ferae sine venatione captae fierent capientium. Quippe si nihil civibus quam venatio sit interdicta, quidquid sine venatione accidit, ad libertatem naturalem pertinet idque civibus est reliquum. Eo pertinebat hoc argumentum, idque satis, ni fallor, ita perspicuum est.*

N. ADDIT.

I. Non extat in Constitutione Carolina, neque in artic. 196. *neque in* art. 169. *quod subditi feras etiam fortuito et sine venatione captas in publicum deferre debeant. II. Etsi extaret, uti thesin ipsam facile concedo, probaret quidem contra Puffendorfium et Vinnium, quod subditis non sola venatio sit prohibita, sed istud non fuit in quaestione. Scholium enim meum adjectum erat eidem positioni, cui adjeceram scholium praecedens, scilicet verbis initialibus,* num. 7. *ubi per hanc rationem probare voluit Auctor, quod Domini prohibentes venationem, non habeant dominium in feras immediate, sed demum fiant domini per capturam subditorum. Atqui illa ratio neutrum probat. Etiamsi enim Principes sint domini immediate bestiarum etiam ante capturam, quod puto et asserui in rationibus modo adductis, tamen subditi fortuito etiam capientes bestias, sunt obligati, ut feras captas restituant Dominis suis. Ergo Scholium recte se habet.*

Caeterum, amittitur Dominium ferae, ubi naturalem libertatem recuperaverit, aut si mansuefactum sit animal, ubi consuetudinem redeundi amiserit. §. 15. *d. tit. Inst.* Hoc quoque Grotius *d. cap.* 8. *num.* 3. et Groenewegius *add. d.* §. 15. carpunt, hodieque aliter servari tradunt, credo de falconibus et accipitribus, similibusque multa arte doctis; in caeteris non puto rationem juris Romani ubique, nec apud nos sane improbari; sed hactenus jus commune sequendum, quod defendimus *d. cap.* 27. *Digress. lib.* 4.

Ad occupationem quoque pertinet inventio thesauri, rerumque derelictarum, De thesauris egimus *ad Inst. num.* 22. De rebus naufragis et derelictis, *ibidem num.* 21 Item ad *tit. ff. ad L. Rhod. de jact. num.* 9. ubi et de usu moris hodierni, sed de rebus naufragis extat Decretum Ordinum Frisiae, *d.* 22. *Febr.* 1656. in hanc sententiam.

Inventor rerum naufragarum, certiorem faciat Magistratum loci, intra 24. horas, et hic intra alias 24. horas inventarium conficiat.

Res, quae servando servari nequeunt, intra primam vel alteram hebdomadem, publice quam maximo pretio distrahito.

Dominus intra annum res suas repetens, Magistratibus praemium det, partem decimam rerum servatarum, et urinatoribus tres nonas partes; reliquum sibi vindicet.

Anno elapso Fiscus succedit; * si quis fraudem fecerit, furti reus habetor.

* In Saxonia qui rem alienam invenit, tenetur proclamationem publicam procurare, qua facta, si dominus, qui sub diversa jurisdictione constitutus est, intra sex septimanas compareat, inventori tertiam partem relinquere

9. De Accessione caeterisque modis, qui juris gentium dicuntur, tam copiose dictum est *ad Instit.* ut vix spicilegium heic reliquum manserit indictorum. Species Accessionis sunt, Foetura animalium, Alluvio, Avulsio, et insula in flumine nata. Foeturam animalium sequi naturaliter Dominium Genitricis, ratio fert juris Romani. §. 19. *I. h. t.* §. *pen. Instit. de jur. Person.* Grotius tamen naturali juri negat convenire, ut partus dominum solummodo genitricis sequatur, *lib.* 2. *c.* 5. §. 29. *et cap.* 8. *n.* 18. rationesque duas profert, primam, quia tam animal genitor quam genitrix, foetus curam gerit; alteram, quod de utriusque substantia partus procreatur. De homine, an partus ancillae servituti recte addicatur, nolo jam contendere; sed de bestiis videntur rationes Grotianae parum efficaces. Nam cura pro foetu in bruto animali, quid ad dominii consequentiam pertinet? Et substantia, quam foetui confert genitor, ad gignendi quidem vim principalis est; sed ad causam dominii, quod pecuniaria ratione constat, aestimandam, exiguum habet momentum; massa corporis praecipua est a matre, cujus pars et accessio est, in cujus ventre altus et ex qua eductus est foetus. Plane ut fit in fructibus agrorum, Qui sementem fecit, illorum non est dominus, sed cujus est ager. §. 32. *inst. h. t.* Semen fructuum et semen animalium, ager et venter eodem modo se habent. *l.* 5. §. 2. *et* 3. *D. l.* 7. *C. de R. V.*

Accessionis argumento accedit, quod in bestiis saepe non constet, quis sit pater, qua ratione sola Grotius dominium foetus ex matre censendum putat. Atqui sunt loca, in quibus ad genituram equorum et boum certi genitores constituti sunt, quibus certa magnitudo praescribitur, ut apud Frisios Edicto *d.* 31. *Decembr.* 1631. ne gloria equorum Frisici nominis vilesceret, ut loquitur Lex. An aliud illic juris esset, ut foetus sint genitorum? Apage rem absurdam.

10. Alluvio habet usum in mari et in fluminibus tenditque ad privatos ditandos ex sententia juris Romani. Moribus hodiernis, plerique censent, Alluvionem et quidquid in flumine nascitur, esse Principis, ut observant Groenewegius, Voetius, aliique ad §. 20. *et seqq. Instit. h. t.* Idem apud nos obtinere, possit aliquis in animum inducere. Constat enim, Duces Saxoniae, cum jura Principis in Frisia exercerent, alluviones Biltanas, quae nunc faciunt ingens territorium, cujus praefecturam gerit Vir nobilissimus Guilielmus ab HAIREN, magnum Patriae suae ornamentum, sibi vindicasse: tametsi jus Saxonicum a jure civili hac parte aliqui non discrepet. *lib.* 2. *jur. Sax. art.* 56. (Thomas.) Scimus etiam, Ordines Frisiae aliquando decrevisse, quo prata, quae sunt in ostio fluminis Ex, juxta ejusdem nominis pagum, venderent, supponentes ea quasi proprietate publica esse, pari jure, quo fere apud omnes populos id observari testantur Auctores laudati. Verum eo, quod id factum non est, et quod illa prata et quaecunque sunt alluviones in littoribus nostris, a privatis jure dominii possidentur et libere alienantur, dicendum est potius, in Alluvionis doctrina nihil nos habere separatum a rationibus Romanis. Verum tamen est, Ordines saepe disposuisse de ejusmodi agris in gratiam non vicinorum, hac lege, ut aggeribus adversus maris incursum muniantur: At hoc alio jure niti videtur quam jure Dominii, de quo heic agimus. Nam si Respublica judicet faciendum, ut nova Incrementa terrarum, aggeribus muniantur, existimo, jure Dominii Eminentis id imperari posse; Recusantes etiam possessores Dominio quaesito privari posse, volentes autem aliis praeferendos, nullis eorum exclusis, ut de lacubus siccatis Curia censuit apud Sandium. *d. lib.* 5. 2. 2. Atque eo modo non ita pridem usu venit circa alluviones Biltanas novas: quae sub hac lege, muniendi agros aggeribus, aliis quam vicinis concessae fuerant. Sed cum hoc privilegium apud Curiam actis esset insinuandum, vocatis his quorum interesse poterat, vicini sese opposuerunt, eo cum effectu, ut privilegium in irritum cesserit. De alluvionibus fluminum et lacuum, quos habemus perpetuos et vastos, hac *parte* idem juris esse crediderim; non obstante, quod in lacubus et in stagnis jus alluvionis cessare juris Auctores volunt. *l.* 12. *in pr. de A. R. D.* Hoc enim de lacubus hyberno tempore stagnantibus, et aestivo crescentibus accipiendum videtur; scilicet, ubi sunt incrementa non stabilia, sed modo crescunt, modo evanescunt, ut indicat textus in *d. l.* 12. In quibus nec apud nos secus obtinuerit, ut ego quidem existimaverim. Nam lacus nostri sunt iidem, quos Germanicus cum classe sua transivit, cum a ripa Rheni ad Amasin contenderet, quos Tacitus *immensos* vocat *lib. I Annal.* In his non potest hac parte ratio esse diversa, quam est in fluminibus ipsoque mari, nec aliter Curia nostra censuisse videtur, apud Sandium *d. lib.* 5. *tit.* 2. *def.* 2. de quo exemplo mox paulo pressius agendum.

11. Avulsionis exempla perquam rara sunt, ex antiqua potius historia quam recenti memoria repetenda. Nostri agri interiora violentissimae

tenetur. Carpz. *Pr. Cr. qu.* 86. *n.* 6. 7. si nemo dominium probet, duae reliquae partes fisco cedunt, *L. R. l.* 2. *art.* 29. 37. Carpzov. *P.* 2. *C.* 3. *d.* 15. Qui vero proclamationem omisit, hoc lucro indignus est et arbitrarie coercetur Carpz. *Pr. Cr. l. c. n.* 9. *sq. j.* Schilter. *Syn. Jurispr. tit. de adquir. rer. dom n.* 22. *sq.*

avulsioni vestigia prae se ferunt: quatenus in profundo terrarum adhuc sylvae reperiuntur, arbores integrae, salvis etiam frondibus et glandibus; quibus terrae aliunde avulsae quondam incubuerunt. Insulae quoque littori nostro praetextae vetustissimis temporibus sine dubio continenti adhaeserunt, quam montibus et tumulis arenosis, qui in illis extant, olim tuebantur, ut in vicina Hollandia et ubicunque maritimae regiones sunt integrae, divina bonitate prospectum videmus. Si quod denuo Avulsionis experimentum detur, nihil est quod a Jure Romano nos discedere juberet. Idem de insulis in flumine natis esto judicium.

12. Nec secus de Alvei mutatione, si quando eveniat; Huc autem referendum videtur exemplum rei judicatae, et usus nostri, quod est apud Sandium *d. lib.* 5. 2. 2. Impetraverat aliquis ab Ordinibus lacum publicum suis sumptibus exhauriendum, et dein suis fundis proprietate jungendum. Opposuere se interiostioni, quam vocant, vicini reliqui ad idem beneficium admitti contendentes; quod iis a Curia permissum, ex hac ratione, quod lacus publici, ut fluminis publici fundus sive alveus non est Principis, aut juris Fiscalis, sed ad eos pertineat, qui agros habent proximos, ex auctoritate juris Civilis, idque jus non est, quando flumen adhuc undat, futurum, sed etiam praesens, ut ex Doeelle *lib.* 4. *comment. c.* 24. Sandius demonstrat. Proinde sic juris est, ubi nihil Statutis aut moribus invaluit contra; Lacus sponte siccatos, pro parte vel totos ad omnes vicinos pariter ac ultro pertinere, quos auctoritate privata liceat illis occupare, Jus autem illos exsiccandi derivationibus aut hydromylis, ad eosdem vicinos pariter spectare, nec ab uno reliquis, ne quidem rescripto Principis, videri praeripiendum, ut *Decisione* praedicta et *antecedenti* Sandius e sententiis Curiae nostrae disputat ac concludit.

13. Supererat species Accessionis, quae frequentis magnique usus est apud nos, de jure superficierum Rusticarum: Sed et de his occupavimus ad *tit. D. locat. Cond.* ubi de *Ædificiis Colonorum.* Porro de Specificatione, Commixtione, Confusione, nihil habemus addendum iis, quae ad *Inst.* his de rebus dicta sunt copiose. De perceptione fructuum superius actum est, apud eundem *tit. Inst. ad Tit. ff. de Rei Vindic. de Haeredit. petitione atque de Usuris*

14. Ultimus modus est traditio, de qua similiter actum quod satis est abundeque, *ad d. tit. Inst. p.* 119. *et seqq.* placet addere paucula. Dissensus in causis tradendi, quarum utravis sufficit dominio transferendo, non impedit dominii translationem *l.* 36. *h. t.* siquidem dissensus ex simplici errore sit ortus, non si cum contradictione conjunctus, ut accipi potest. *l.* 18. *de Reb cred.* ita Duar. ad *tit. de Reb. cred. c.* 1. Alii statuunt ἀντινομίαν. *D* Wissenb. *ad h. t. th.* 26. Dix *part.* 2. *Digress. l.* 2. c. 6. Paulo aliter Thomasius *ad posit.* 26. *h.* (1)

SCHOLIUM.

In d. l. 18. *principio quidem Ulpianus a Juliano dissentire videtur, quamvis iste dissensus sit mere subtilis. Quid enim interest, an cum Juliano dicas, proprietatem transire, si pecuniam, quam tibi donaturus dedero, tu quasi mutuam accipias? an cum Ulpiano: non transire, sed dari mihi condictionem, exceptione tamen doli mali elidendam? Quod v.* §. 1. d. l. 18 *attinet, ille nihil discrepantis* ad l. 36. *disponit: Nam distinguendum est utrum causarum tradendi utraque sit ad transferendum dominium habilis, an una saltem etc.*

15. Quo brevi manu transeat dominium, summo jure requiritur, ut is, qui tradidisse fingitur, vere sit dominus. *l.* 34. *Mand* Excipe, si jussero te pecuniam accipere a debitore meo, quae credita fiat *l.* 15. *de reb. cred.* consequenter si tu mihi debeas pecuniam, eamque te ut creditam retinere jussero, Dominium transfertur. *d. l.* 15. At haec consequentiam negat Africanus *d. l.* 34. Ratio quia in his, quae ob usum commercii specialiter recepta sunt, non admittitur consequentia, sed lex requiritur. Aliud enim est jus conditum interpretari, aliud suadere quid recipiendum sit; hoc agit Ulp., alterum Africanus; adeoque non est recusandum, quin sit ἀντινομία. Quae est etiam sententia Thomasii in scholio *posit.* 28. *h. t.*

16. Moribus hodiernis Dominia rerum immobilium non transferuntur, nisi praevia mancipatione judiciali. Quod jus tempore Caroli V. commune per Belgicas Provincias factum esse, narrat Grotius in *lib.* 2. *Introduct. cap.* 5. *n.* 17. idemque jure Saxonico receptum testatur Thomasius *ad posit. pen. h. t.* Nostro jure Frisico, requiritur equidem ad plenam securamque possessionem rei traditae, consensus Magistratus et addictio judicialis intra annum. *lib.* 1. *Stat. tit.* 1. Verum Dominii translatio inde non suspenditur, nec actus retro nullus redditur; Sed res tradita

(1) *Videsis Josephum Averanium* interpret. jur. lib. 1. cap. 17. *Ubi observat, Ulpianum in* l. 18. de Reb. Cred. *non tractare quaestionem dominii, sed quaestionem obligationis, a qua non recedit dum ait:* magisque nummos accipientis non fieri, *quibus verbis proinde nihil aliud significat, quam nummos ex causa mutui non fieri accipientis, cum alia opinione acceperit. Haec interpretatio maxime juvatur ex illatione quam Ulpianus facit in* §. quare.

eadit in commissum: Res amittitur. Qui non impetravit consensum; *die sal dnt goedt verliesen*, ait lex, nisi quinquennium a traditione sit elapsum. *d. tit. art.* 1. *et* 5. Hoc arguit, dominium fuisse translatum. Dix. *Jurispr. Hod. lib.* 2. *cap.* 9. *n.* 16. *et seqq.*

TIT. II.

DE ADQUIRENDA VEL AMITTENDA POSSESSIONE.

I. Remissiones. II. Quot modis Possessio dicatur. An Possessio vel jus ejus, sit jus in Re. III. An Sequester possideat. IV. Differentiae quaedam possessionis Naturalis et civilis. V. Non requiri ad possessionem Decretum, nec tamen inde sequi, Possessionem ipso jure ad haeredem transire. VI. De Amittenda retinendaque Possessione. VII. Regulae tres de Possessione. VIII. De Constituto Possessorio.

(a) Huic etiam Rubricae maxima parte satisfactum est, *ad Inst. tit. de A. R. D. pag.* 142. *et seqq.* nisi placeat heic addere, quot modis possessio accipiatur. I. Scilicet pro detentione qualibet, saltem quae habet restituendi facultatem *l.* 9. *in fin. de R. V.* II. Pro detentione cum animo sibi aut alii rem habendi; ut probavimus *ad tit. de A. R. D. pag.* 142. III. Pro detentione cum animo sibimet habendi tantum, quo sensu, qui aliis possident, dicuntur non *possidere*, sed esse in possessione. §. 5. *I. de Interd.* IV. Pro detentione cum opinione dominii *l.* 25. *de Usucap.* §. 4. *Inst. Per quas person. cuique adquir.* V. Pro detentione custodiae causa, quemadmodum ubi missio in *possessionem* fieri dicitur. *l.* 3. §. *ult. h. t.* VI. Pro haereditate Praetoria, quo tamen sensu vocem, bonorum, juxta se requirit, et vocatur Bonorum Possessio. *tit. I. et Pand. de Bonorum Possessionibus* VII. Pro ipsa re possessa immobili *l.* 2. *C. Ubi in rem actio.*

2. (b) Porro quae ad Definitionem divisionemque possessionis pertinent, collocavimus *d. pag.* 142. Ad titulum *de interdictis*, ventilata est Quaestio, sitne Possessio tale jus, quod in *Re* Constitutum dici queat, *n.* 1. *n.* 7. *et n.* 10. quae est hodiernae scholae, non veterum Juris auctorum Quaestio; cum his plane fuerit incognitum Jus in re et ad rem, ut hodie usurpatur quod est ex Jure Canonico, sicut probavimus *in lib.* 4. *Digr. c.* 4. *et Animadvers. ad jus in Re et ad Rem c.* 6. Ne quis putet, Veteribus Jctis tam certum fuisse, Jus possessionis esse jus in Re, ut ea super re ne quidem dubitaverint. Igitur nulla dubitatio, ut opinor.

3. (c) Caeterum, possessionem late sumptam, convenire etiam creditoribus, usufructuariis, colonis, commodatariis, probatum est *ad d. tit. Inst. de A. R. D.* Adde, etiam Sequestro. *l.* 17. §. 1. *Depositi.* Sed cum hic sit absque animo sibi habendi, multo magis absque opinione Dominii, non est ea possessio talis, quae ad usucapionem prosit sequestro, cujus respectu id nullo modo agitur: Sed victori interim ejus rei possessio prodest ad eventum usucapionis, nisi aperte aliud inter partes convenerit. *l.* 39. *h. t.* Imo id semper atque taeite actum intelligitur, ut neutrius partis possessioni id tempus, quo sequester possedit, procedat, *d. l.* 17. §. 1. *Depositi.* quem difficilem nodum nulla ratione, sed manu sola explicari posse, volunt Auctores, ut refert D. Wissenbachius in *th.* 26. *h. t.* Tu vide, numquid hujusmodi explicatio satisfaciat: Dum res sequestratur, neutra pars possidet; hoc enim agitur, ut dum partes litigant sc ambigunt, uter rem possidest, neuter eam teneat, sed tantisper a tertio possideatur, donec lite decisa, pateat utrius sit jus *d. l.* 17. Huc respexit illud *Interim*, quo sequester possedit, et quod victoris sive ejus, qui jus haberet, esse creditum est, cui etiam prodesse debet atque prodest, nisi contra diserte convenerit, *d. l.* 39. Ita facile, ni fallor, evitantur violenta remedia Freheri, Bachovii et aliorum, quae Wissenbachius commemorat *d. loco*, et sequester erit minister ejus, quem res judicata monstrabit habere jus possessionis.

4. Ad intellectum divisionis in Civilem et Naturalem possessionem, pertinet haec positio.

(d) Possessio Civilis in jure, naturalis in corpore consistere dicitur, *l.* 10. *C. de adq. poss.* ut tamen quae juris est, etiam in corpore consistat, et haec insit illi, velut usus in usufr. *l.* 14. §. 1. *de Usu et habit.*

Scholium.

Hoc distinctius mallem posuisset. Nam communiter possessio civilis, quae in jure consistit, explicatur de ea, qua v. g. peregre absens possidet aedes, quas reliquit vacuas, et naturalis in corpore consistens, de ea, qua possideo aedes, in quibus habito. Quo supposito, magis dicendum videbatur, possessionem juris inesse possessioni corporis.

(a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 12. *et* 13. (c) *Pos.* 2. (d) *Pos.* 3. *et* 9.

(*h. o. possessioni ejus, qui inhabitat aedes jura possessionis competero*) *quam possessionem corporis inesse possessioni juris, aut possessionem juris consistere in corporo.*

RESPONSIO.

Distincte satis exposita sunt ad d. tit. I. de A. R. D. pag. 142. *Thomasio haec breviter dicta, videntur obscura, quin fingit sibi possessionem civilem sino detentione. Consideranda est possessio sicut est originaliter et dum adquiritur, quando nunquam est absque detentione, civilis nihilo magis quam naturalis. Retinetur equidem possessio sine detentione, at hoc est proprium possessionis civilis. Etiam naturalis possessio potest esse domus, in qua non habitat Possessor: sicut is, cui domus est pignorata, vel a quo bona fide possidetur, manet ac est possessor, etiam quando rebus incumbit. Tu vido sis* praedictum locum.

N. ADDIT.

Quod mihi non fugam significationem possessionis naturalis et civilis, patet ex omnibus fere commentatoribus ad h. t. *Saltem unicum Struvii locum adducamus* Exerc. 42. th. 5. *Dividitur inquit, possessio in naturalem et civilem, quae divisio vel accipitur de modo possidendi seu detinendi; et civilis dicitur, quando animo possidemus, seu retinemus possessionem; naturalis vero, quando corpore et facto aliquo possessionem apprehendimus, vel ei insistimus,* l. 3. §. 13. §. 3. l. 1. §. 1. h. l. 10. C. eod. l. 1. §. 24. de vi et vi arm. *quae etiam corporalis possessio appellatur* l. 25. §. 2. h *Vel de ipsa forma possessionis: cum namque affectus rem, quam quis tenet, sibi habendi, vel innitatur animo aut opinione se dominum esse, vel isti non innitatur, sed licet quis sciat credotve se dominum non esse, tamen effectu quodam sibi habendi rem detinet: Ideo duae Species possessionis inde veniunt, quarum altera naturalis, altera civilis appellatur, quia licet utraque naturalem detentionem, et utraque affectionem habendi desideret* l 3. §. 1. l. 8. h. *tamen illa magis in naturali detentione consistit, specialis vero affectus ac opinio domini, quae in hoc subest, magis in jure consistit, et titulos jure civili probatos et dominii translativos requirit,* l. 3. §. 21. h. l. 2. pro suo. *unde et in* l. 10. C. h. *dicitur* possessionis duplicem esse rationem aliam quae jure consistit, *nimirum civilis,* aliam quae corpore, *scilicet naturalis. Perez.* in C. h. o. 2. 3. *Hactenus Struvius. Etsi vero jam non negem, aliam esse etiam significationem possessionis naturalis et civilis, quam eam, ad quam in scholio respexi, nempe illam, quam secundo loco proponit Struvius, et de qua expresse* d. l. 10. C. h. t. *ad quam Auctor etiom provocat, tamen nec de hac procedit assertio Auctoris quod possessia Juris comprehendat possessionem corporis. Nam ut vides, possessio juris illa, de qua* d. l. 10. C. *est possessio justa, bonae fidei, justo titulo subnixa; naturalis, possessio injusta, malae fidei, nullo subnixa titulo. At harum neutra species alteram continet, quia sunt species plane oppositae et contradictoriae.*

(e) Hinc quia possessio utraque corporalis est, tam animo quam corpore ad utramque opus est adquirendam. *l.* 3. §. 1. *et l.* 18. *h. t.*

SCHOLIUM.

Quamvis negaverimus ad n. 2. *possessionem civilem in corpore consistere, non negamus tamen, ad Civilem adquirendam et corpore et animo esse opus. Est quippe differentia inter possessionem civilem et naturalem, desumpta non a modo adquirendi, sed a modis retinendi.*

RESPONSIO.

Quis est auctor Thomasio, possessionis naturam potius in modis retinendi, quam in statu adquisitionis esse spectandam? Ego cujusque rei naturam in primo statu adquisitionis maxime spectandam censeo, IS enim genuinus et naturalis adspectus est; quod et in possessione locum habet, inprimis quia facti est, omne autem factum est corporale, eoque pertinet, quod rem oporteat esse corporalem quae possideatur l. 3. in pr. h. t. *Haec autem conveniunt adquisitioni, non retentioni, quae animo contenta est. Quod si corporalis actus ad naturam possessionis civilis non pertineret, nihil causae apparet, cur sine corporis actu possessio non posset adquiri.*

N. ADDIT.

Hic nihil opus est, quam ut provocem ad omnia fere juris systemata, quae ostendunt, divisionem quandam possessionis, in naturalem et civilem, a modo retinendi esse desumptam, uti jam in additione praecedenti ex Struvio est ostensum. Aliud vero est dicere, differentiam possessionis in naturalem et civilem, esse desumptam non a modo adquirendi, sed a modo retinendi; aliud, possessionis naturam potius in modis retinendi, quam in statu adquisitionis esse spectandam. Posterius mihi in Scholio imputat Auctor, quod nunquam dixeram, unde quae sequuntur in responsione, ad me non pertinent.

(e) *Pos* 4.

(f) Adee ut oec haeres possideat id, quod defunctus, possedit, nisi denuo rem apprehenderit, *l.* 23. *in pr. h. t.* quamquam id ie plerisque foris Europae aliter interpretantur, per dictum celebre Gallicum, *le mort saisit le vif.* * mortuus apprehendit vivum; id est, possessio mortui coutioustur in haeredem. Frisii tamen et hie suot veteres Justiniaoaei. *Etiam nos Saxones*; add t Thomasius; (g) Porro, quia corpore adquiritur possessio, sequitur, inficiatione rei depositae vel commodatae, non amitti possessiooem, sed re demum loco mota, *l.* 3. §. 18. *h.* et sie espieoda *l.* 47. *h.* (1)

SCHOLIUM.

Non admittit hanc explicatienem l. 2. §. 47. de O. J. *ex qua constat. Nervam filium, cujus seatentia refertur in* d. l. 47. *adhesisse Labeoni: Sabinum contra et Cassium, qui defenderunt assertionem* d. l. 3. §. 18. *fuisse Capitouis assecins, quibus adeo non prebabile est inter se cenvenisse, quamvis horum sententia et verior et principiis Justiniani, quae in Institutionibus posuit, sit ceavenientior. Interim obiter inde aeta: Paulum, cujus est* d. l. 3. *etiam a praeceptore sue Papiniano, ad quem spectat* d. l. 47. *dissentire non dubitasse.*

RESPONSIO.

Statuit igitur, hanc esse antinomiam Thomasius. Nec ego valde recusem, veteres ipsos hac ia re discrepasse, sed mihi nen videtur absurda res vel indigua Juris auctoritate, sie in aaimum inducere. Cum Justinianus ubique loquatur, aec JCtorum amplius aemina ut aucterum considerentur; Caesarem in l. 47. *loquentem ita decipiendum videri, ut locus exprimens consilium non reddendi rem depesitam vel commedatam, ad locum alium, qui superaddit contrectationem, referatur, et ex eo declaretur.*

N. ADDIT.

Sed istud effugium hic non proderit Auctori quicquam, que suam cenciliationem salvet. Nam expresse Papinianus in d. l. 47. *recensens sententiam Nervae, loquitur de casu, ubi adhuc nemo invasit res cemmodatas vel depositas, i. e. ubi nulla earum rerum contrectatio facta est.*

(h) Quamvis autem rei contreetatio requiratur, haud tamen necesse est, omnes rei partes contrectari, sed ex fundo v. e. sufficit unam glebam. *l.* 3. §. 1. *h.* Quin et oculis adquiritur possessio. *l.* 1. §. 21. etiam ex turri. *l.* 18. §. 2.

(i) Universitas tamen rerum non videtur unius rei apprehensione possideri; quanquam fideicommissarius haeres una re accepta, e fiduciario totam haereditatem recepisse videtur, *l.* 37. *ad Sc. Treb.* hoe enim ad actiones traasferendas, non ad possessionem adquisitam pertinet. *d. l.* 37. *in f. pr.* junct. *l.* 23. *in pr. h. t.* Adde Wissenbach. *th.* 13. *h.* Struv. *th.* 16. *h. t.*

(k) Denique, fundo possesso, thesaurus latens, nisi peculiariter apprehensus, non possidetur, *l.* 3. §. 3. *h.* D. Wissenb. *ad h. tit. th.* 11. (2)

Hinc rei incertae, quae apprehendi nequit, possessio non est, *l.* 3. §. 2. *h. t.* velut, si hac mente sis, ut quidquid Titius habet, possidere velis; sed rei pro indiviso communis, datur et vindicatio et possessio. *l.* 76. §. 1. *de Rei Vend.* junct. *l.* 6. *l.* 8. *eod.* (3)

(l) Quilibet abseos per procuratorem recte adquirit possessionem, si et ipsi hoc animo eint, ut oobis adquireot; nam si tradatur illis, ut nobis adquiratur, illi vero prae se feraot, se sibi adquirere, nihil ad nos transit, *l.* 1. §. 20. *h.* quod secus est, si animum tacite ita inducant, *l.* 13. *de Don.* quae sie non obstet. Aliter alii.

5. Adquiri possessionem diximus animo simul et corpore; qua de re mendum sedit incorrectum in prima parte ad *Inst. pag.* 466. ubi ad commodum remissio facta est ad hunc locum. Sed praeter actum corporis et animi oihil aliud, non utique decretum Judicis, requiritur, ne quidem in Haereditate adeunda, *l.* 23. *in pr. de adquir. Poss.* licet ex jure praetorio, *l. ult. C. Qui admitt. ad bon. poss.* qua de re Fachinaeus *lib.* 5. *controv. c.* 74. etiam Statutis Frisiae insertum est *lib.* 1. *tit.* 17. *art.* 16. Unde quod aliqui e nostratibus collegerunt, heic etiam obtinere praediotam Gallicae praxeos sententiam, *Mortuus in possessionem mittit vivum*, vitiose factum est; eum idem jure civili obtioeat, ubi tamen apprehensio necessaria est.

(f) *Pos.* 5. (g) *Pos.* 17. (h) *Pos.* 18. (i) *Pos.* 19. (k) *Pos.* 20. *et* 21. (l) *Pos.* 22.

(1) *Ita capiendam esse* l. 47. h. t. *latius docet Josephus Averanius* interpret. jur. lib. 1. cap. 28 *ubi simul ad objectiones respondere satagit.*

(2) *Confer ad intellectum* l. 3. §. 3. h. t. *Abrah. Wieling.* lection. jur. lib. 1. cap. 19. *ubi textum Pauli vindicat a crisi Clarissimi D. Noodt.*

(3) *Rationem differentiae hujus exponit Bartholomaeus Chesius* de different. jur. cap. 100.

* De hac Francici Juris Regula, praeter JCtum Tiraquellum haud poenitebit contulisse Schilterum *Exercitat. ad D. XV.* §. 13. *et Exerc. XXX.* §. 105.

Contrarium potius ex eodem Statuti articulo colligitur, verbis; *Haeredes impune occupant et ingrediuntur in possessionem bonorum, in quae successerunt, nulla expectanda missione in possessionem eorum bonorum.* Quae nihil, quam quod jus civile dictat, prae se ferunt. Scil. Haeredem, tam suum quam extraneum, sola apprehensione, nec sine ea, possessione potiri. Caeterum, de usu sententiae illius Gallicae, receptae vel non receptae, *inferius* occasio dabitur, et videri potest Tiraquellus *tom.* 4. *tract.* 2. *Le mort saisit le vif.*

6. (m) Possessio corpore animoque semel adquisita tantisper retinetur, donec animus eam retinendi manet. Placuit enim solo animo retineri possessionem, animoque solo amitti. Nam etsi in fundo sis et nolis eum possidere, protinus amittis possessionem, *l.* 3. §. 6. *h.* quemadmodum si quis animum possidendi servet, ipsam retinet possessionem, non modo si quis ejus nomine sit in possessione, veluti colonus, inquilinus, commodatarius, sed etsi neminem in possessione reliquerit, tamen si non relinquendae Possessionis animo, sed postea reversurus inde discesserit, ut in saltibus hibernis aestivisque fieri, monet Paulus in *l.* 3. §. 11. *h. t.* retinet possessionem. §. 5. *I. de Interd.* Sed animum possidendi habere, non est ita in animum inducere, ut quis fingat se possidere, sed ut solide civiliterque velit ac putet se possidere; quamvis etiam ab alio sit occupata possessio, idque vetus possessor ignoret; tamen retinet possessionem, etsi alter quoque possideat, sicut de eo, cui dum ad nundinas profectus erat, alius ipso ignaro intervertit possessionem, Ulpianus scribit in *l.* 6. §. *ult h. t.* Interest tamen aliquid, in jure possessionem retinendi, utrum quis per se, an per alium nomine suo possideat. Nam is, qui per se possidet, possessionem retinet, quamdiu nescit alium occupasse rem suam absentis. Qui vero per alium possidet, si minister illo discedat, aliusque possessionem ingressus sit, etsi dominus possessionis id ignoret, amisit tamen possessionem. *l.* 44. §. *ult. et l.* 46. *h. t.* Quod si possessio ab alio non sit occupata, sed a ministro tamen derelicta cum animo non redeundi, possessio non amittitur. Fuit haec vetus Quaestio, de qua sectarum Pincipes non idem senserunt, ut videre licet ex *l.* 31. *de Dolo malo. et l.* 40. §. 1. *L.* 3. §. 8. *vers. Quod si servus. h. t.* Sed Justinianus hanc Quaestionem decidit: Immo latius constituit, Factum servi, coloni, aut alterius cujuslibet, qui possessionem *dereliquit aut alii prodiderit, ut alius eadem possessione potiatur, nihil penitus domino praejudicii generare,* modo per hunc nullo modo steterit, *l. ult. C. h. t.* Vult Imperator, possessionem non amitti per factum aliorum, sub quo nulla causa videtur, quare non traditio a Colono in tertium facta comprehendi debeat; nec enim hoc etiam non est prodere, si meus colonus fundum meum alii tradat, etsi quibusdam visum sit, traditionem sub proditione non intelligi; quos secuta est aliquando Curia nostra, sequiturque Wissenbachius ad *h. t. th.* 21. Rectius ex adverso disputat Sandius *lib.* 5. *tit.* 4. *defin* 2. Porro ex praedictis, quomodo amittatur Possessio, intelligimus, animo quoque solo, etsi plerumque tam animo quam corpore ad amittendam possessionem concurri soleat, *l.* 8. *h.* juncta *l.* 153. *de R. J.* quorum locorum collatio demonstrat, in *l.* 8. particulam *fere* desiderari, ut post alios Wissenbachius noster ad *h. t. th. ult.*

7. (n) Porro discrimen inter dominium et possessionem traditur, quod dominium non nisi ex una causa, possessio ex pluribus contingere possit. *l.* 3. §. 4. *h.* §. 10. *Inst. de Legat.*

(o) Nemo tamen sibi causam vel genus possessionis mutare potest, nisi priori possessione dimissa *l.* 3. §. 19. *l.* 19 § 1. *h. t.*

(p) Proinde potest aliquis possessioni incumbens constituere, sese alieno nomine possidere, quod fit omni die in venditionibus et hypothecis per clausulam Constituti *l.* 18. *et l.* 28. *h. t. l.* 35. §. 5 *C. de Donat.*

8 DE CONSTITUTO POSSESSORIO. Isthaec ultima regula majoris est usus, ut ad *Tit. de contrah. empt* atque in materia pignorum, antehac habuimus. Intellectum juris, et usum hujus Constituti Forensem, executus est Tiraquellus *in tom* 4. *tract.* 3. *qui est de Constituto possessorio.* Expediet, usum ejus aliquot petitis e medio, seu commemoratis antea sive in dictis exemplis illustrari. Summa vis Constituti est, quod transfert Possessionem in eum, cujus nomine quis se possidere constituit, idque sine traditione, sola declaratione voluntatis: quod meo, inquam, nomine possideo, possum alieno nomine possidere: nec obstat, quod causam possessionis ipse mutare mihi videor, sola scilicet animi inductione, quam ipse mecum facio: Potius enim haec res ita administratur, ut ego desinam possidere, quod sola animi declaratione fieri posse, *supra* demonstratum, aliumque meo nomine possessorem facio. Tu dices, res manet in eodem statu, possidet qui prius possederat, nec ulla fit translatio. Imo non possidet qui prius possederat. Nunc enim est minister alienae possessionis, antea ipse possederat. Nec enim possidet, qui pro alio tenet, comparate ad eum, cujus nomine possidet, hic enim solus intelligitur

(m) *Pos.* 6. 10. *et* 11. (n) *Pos* 14. (o) *Pos.* 15. (p) *Pos* 16.

possidere, *l.* 18. *in pr. h. t.* eujus textus est illa paraphrasis. Hoo modo qui rem suam alteri donat, retento fruetu, videtur eam tradere; et donatarius eam rem per veterem dominum, ut fruetuarium, possidet. *l.* 28. *et l.* 35. §. 5. *C. de Donation.* Similiter qui fundum donavit, eumdemque sine traditione eonduxit a donatario possessionem in hunc traostulisse videtur *l.* 77. *de R. V.* Qui vendit rem, eamque rursus ab emptore eonduxit, aeque possessionem transtulisse videtur. *l.* 32. §. 1. *h. t.* Emptor ro tradita eonstituere solet, se nomine venditoris possidere donee pretium totum solutum fuerit: Cujus rei hie effectus est, in priori quidem specie ut emptor rem, lieet non traditam, a quolibet possessore vindieare possit; atque in posteriore casu, res a Creditoribus emptoris distrahi non potest, quia venditori jus possessionis, Constituto ei quaesitum, adimere non possunt. Animadvertendum est autem, quo jure possideat venditor rem a se venditam sub elausula Constituti: vulgo existimantes vidi, frequenter, *jure dominii*, quod Clausula eonstituti reservatum arbitrentur. Sed male. Nam traditio ex eausa venditionis, dominium naturaliter transfert, et quia Constitutum de possessione tantum loquitur, non potest hoo omnem abolere venditionis oaturam. Est igitur hypotheeae, quae venditionis instrumentis adjioitur aeeessio haec clausula Constituti, quemadmodum omni hypothecarum geoeri frequenter adjicitur; eaeque sont pignorationes medii generis, ioter Pigoora striete sumpta et hypotheeas; ut detentio maneat penes debitorem, possessio civilis, apud creditorem, eui applieantur Interdieta, eum jure tralatitio possessionis, ne res ei eine judieio et sine demoostratiooe juris potioris eripiatur.

Quid vero, si is qui eonstituerit se pro alio possidere, possessionem realiter in alium transtulerit, an is, eujus nomioe eonstituit, posteriori noo praeferetur iu possessorio? Negat Tiraquellus *d. tract. part.* 1. *n.* 28. Nam coofestim, ait, quam is qui eonstituit se possidere nomine Titii, rem alteri vere tradit, is privat Titium ea possessione. *per l.* 12. *de Vi et vi arm. l.* 3. §. 7. *vers. quod si serv. et l.* 44. §. 2. *de Adquir. Poss.* Por quos tamen textus nihil aliud probatur, quam quod antea dictum est, jure veteri, per ministros possessionis nostrae, eam in alium transferri posse. At cum hoc mutatum sit *per l. ult. C. h. t.* nulla est ratio, quare nee is, qui jus Constituti habet, eodem jure gaudeat. Idque ipse Tiraquellus satis indieat *n.* 54. ubi docet, si debitor constituerit se bona sua possidere pro Creditore, et quaedam ex iis deinceps alteri vendiderit et tradiderit, posse ereditorem, nulla bonorum debitoris diseussione facta, tanquam sua possessione privatum, recte eontra huno tertium agere ad revoeandam possessionem suam, quam ex ejusmodi Constituto obtioebat, per condietionem ex *l. ult. C. de Adquir. posses.* idque prolixe confirmat, etsi nec qui dissentiant desint, ut doeet *n.* 56. *et seqq.* Adeo ut dentur ei quoque remedia tam retinendae quam recuperaodae possessionis, per *d. l. ult. d. tract. part.* 2. *ampl.* 13.

Sed quod idem *ampliat.* 8. per hujusmodi Constitutum in eontracto appositum, traosferri docet dominium, per eonsequentiam Possessionis, nullo modo admittendum est, neque id ex ullo textu, vel ratione juris probatur, nee adeo in Foro servatur; nisi forte loquatur de Constituto precarii, quo quis fatetur, se rem ab aliquo habere precario; tunc enim supponi dominium, res et natura Precarii declarat.

Facilius impetret eonsensum, quod habet in *ampliatione* 23. posse Constitutum etiam in Testamento formari, ut nihil sit, quam declaratio Testatoris, in securitatem Creditoris, *arg. l.* 26. *de Pignor. act.* scilicet hoo modo, ait Tiraquellus, ut declaret, se jam ex eo tempore, quo testatur, possidere nomioe alterius, secus si constituerit se possessurum post mortem suam; tune enim id Constitutum omnino esset inutile, invalidum et inefficax, ait *n.* 6. Quod equidem est verum, si constituat se possidere post mortem suam, quod absurdum foret: nos intelligimus, eum eonstituere posse in huoc sensum; ut haeredes sui, nomine Creditoris alienjus, eertas res ipsi pignoratas possideant: quod effectum habere non potest, nisi post obitum Testatoris, quia prius nihil de testamento valet. Imo Tiraquelli sensu vix est, ut Constitutum in Testamento valere queat. Nam testatoris declaratio non nisi post mortem effectum habere, neque tum is possidere potest. Ut autem ab eo tempore quo testamentum est factum, Creditor retro possedisse dicatur, alienum est a natura testamenti, quod non potest operari ante obitum testatoris. μήποτε γὰρ ἰσχύει ὅτε ζῇ ὁ διαθέμενος. Ε᾿πὶ νεκροῖς βεβαία Διαθήκη. *Testamentum morte fit validum; quamdiu vivit Testator, nihil adhuc valet.* Potest enim revoeari, nec viventis ulla est haereditas, aut ultima dispositio. *l.* 1. *de Haered. vend. l.* 4. *de Adim leg.* Illud ex praedietis satis liquet, Constitutum non valere per se, verum semper alii accedere contractui, negotiove efficaci et valido, ut multis idem probat Tiraquellus *limit.* 6. *et* 7. quomodo et in usu nostro vix alius Constituti usus, quam in Clausulis Instrumentorum exercetur.

Qua occasione vellem Tabelliones sibi persuaderi paterentur, ut non modo haec latina verba. *sub Clausula constituti*, quae nec contrahentes, nec ipsi plerumque intelligunt, sed ipsam Constituti sententiam, id est, declarationem

quod quis slieoo nomine possideat, iosererent instrumentis: ut ne fieret, qoo multi per ignorsntiam hujus clausulae damois adficereotur. Monet hoo etism Tiraquellus, qui oou sliter valere docet Constitutum, qusm si explicite cootractibus sppoostur, ita ut a partibus expresse cooveotum est. *limit.* 31. quod haud de oibilo quis contenderit, si Latinis hujusmodi verbis impositum sibi conquestus fuerit.

TIT. III.

DE USURPATIONIBUS ET USUCAPIONIBUS.

I. Usurpatio quid re et verbo. II. De Usucapione remiss. et usus. III. Jus hypothecae, post dominium per eam mutatum, posse manere salvum. IV. An per litis contestationem interrumpatur.

Prima pars Rubricae de Usurpationibus, ut apparet, agere promittit. Est autem Usurpatio nihil heic aliud quam Usucapionis interruptio. *l.* 2. *h. t.* Cur sutem primo looo de hac agitur, cum usucapio, cujus illa est accidens, praecipua et primi loci esse deberet? Dio quia oon est usucspio, nisi perfecta; perfectiooem autem ejus impedit ac praevenit usurpatio, quam idcirco prius oportuit expositam; sed usurpatio oihil in sese aliud est quam retentio vel adquisitio per usum; Sic usurpare servitutem, *l.* 6. §. 1. *l.* 8. *in fin. Quemadm. servit. amitt.* Usurpata lex, id est observata. *l.* 2. §. 1. *de Administr. rer. ad civit. pertin.* Saepe tamen in deteriorem partem pro usu illegitimo accipitur. Sie, usurpatum, tametsi oullo jure, *l.* 13. §. *ult. de Injur.* usurpare collegium illicitum *l.* 2 *de Colleg.* usurpare dominium totius, cujus pars ad aliquem partinet. *l.* 5. *C. de Ædif. priv.* Usurpare immunitatem. *l.* 9. §. *ult. de Publican.* Et hinc ootissimo usu, Usurpatio pro usu iojusto, et usurpatores regnorum, qui alias Tyranni titulo. Unde igitur, quod *Usurpatio* significat interruptionem usucapionis, quae res juris effectum habet? Videtur haec esse ratio. Quamdiu Usucapio non est impleta, revera nihil est quam usurpatio, sive usus simplex nullo jure praeditus. Quando igitur alius ante Usucapionem occupat usum rei, is eam rem usurpat, nullo quidem jure; sed quia usucapio primi possessoris abrumpitor, idque per Usurpationem tertii, factum est, ut Usurpatio illa videretur usucapionis interruptio; quae revera per oon usum possessoris committebatur. Atque hinc ea vox io hujusmodi sensum fluxit.

2. (a) Tandem igitur Usurpatio impleta secundum leges vocatur *Usucapio*, cujus definitiooem omniaque requisita, ad *Instit. h. t.* declarata vidimus. Sed Usucapiones et longi temporis Praescriptiones: Belgarum alierumque moribus in desuetudinem abiisse, magno coosensu tradunt Auctores pragmatici, ut Grotius *Introd. lib.* 2. *part.* 7. aliique plures oitati a Groeoewegio *ad pr. Inst. de Usucap.* Galli sane et Belgae ita, quibus sola probatur praescriptio tertiae partis saeculi. Non idem Saxonum * et Frisiorum moribus; de illis Wesenbec. *par. h. t. n.* 7. Frisii non recedunt hac parte a regula communi; Jus Civile servari, quatenus non est abrogatum: Cujusmodi nihil de Usucapionibus proditum habemus. Etsi doctrinam ejus fraquenter usu veoire, in Foro nostro datum oon est aoimadvertere: Tamen ut satis coostet, nihil abstare, quominus usurpetur. Quia tamen nihil singulare vel indictum habemus ad hunc locum, breviter eum transgrediemur.

3. (b) Hoc, obiter, ad effectus usucapionis pertinet, quod, etsi inferat dominii mutationem, jus tameo pignoris alii crediturí quaesitum non tollit, ut est *in l.* 44. §. 5. *h. l.* 1. §. 2. *de Pignor.* quod oeo hodie sublatum, eo quod hypotecariae praescribitur eodem tempore, quo usucapiuntur res immobiles, *l.* 1. *et l.* 2. *C. Si advers. credit.* juncta *l. un C. de usucap. transform.* uo paulo erudius habet D. Wisseob. *ad h. t. th.* 12. Potest eoim fieri, ut res

(a) *Pos.* 1. 2. 3. 4. *et* 10. (b) *Pos.* 8. *et* 9.

* De temporibus usucapionum et praescriptionum Juris Saxon. *supr. P. I. p.* 167. 416. 432. actum fuit. Sicuti vero Praescriptio 40. annorum Jure nostro non est mutata, *P. I. p.* 416, jung. 456. ita quoque praescriptio immemorialis temporis, eodem ono censetur esse sublata, adeoque regalia adversus Principem non 31. ann. 6. sept. 3. d. sed immemoriali possessione adquiruntur. *c.* 26. *X. de V. S. j. L. R. l.* 1. *art.* 29. Conf. Berl. *P.* 2. *Concl.* 8. *n.* 19. Petr. Heig *P.* 1. *qu.* 16. *n.* 47. *sq.* Carpz. *P.* 2. *C.* 3. *d.* 24. Dissent. *Consult. Sax. part. ult. qu.* 101. *n. f.* Sunt equidem JCti, qui in Regalibus nec immemorialem praescriptionem admittont v. Ill. Thomasii Dissertationem *de Praescriptione Regalium ad Jura Subditorum non pertinente Halae* 1696. editam, sed mitiorem satius est sequi sententiam, in quam denique etiam Titius desinit Teutsch Lehnr. c. 12. S. 17.

hypothecae obligata sit eo tempore, quo jam dominus possessionem ejus amiserat, et usucapio inchoata erat, eoque esse hypothecaria dicitur vivit quum dominium; ne de rebus dicam mobilibus, in quibus nihil hactenus mutatum.

4. (c) Per litis contestationem interrumpi usucapionem, (est Usurpatio Civilis) dictum est *alias*, et habetur in *l.* 10. *C. de Adquir. Poss. et l.* 10 *C. de Praescript. long. temp.* In quibus textibus nihil est, quod jus novum ab illis introductum esse persuadeat, cum ratio de praesumpta derelictione vel negligentia qua usucapio nititur, per litis contestationem manifesto extinguatur. Plerique tamen juris Pandectarum secus obtinere contendunt per *l.* 2. §. *ult. D. pro empt. l.* 18. *de Rei Vindic. l.* 9. §. 6. *D. Ad exhib. l.* 2. *D. pro Donat.* in quibus post litem contestatam tempus usucapionis et praescriptionis adhuc currere dicitur. Vide, ne non ita sit dicendum; Quamdiu adhuc pendet lis, tempus currere dicitur, et si per sententiam possessio maneat suo loco, continuatur cum effectu. Sed avocata per sententiam possessione, tempus post Lit. contest. non prodest ad implendam usucapionem. (1) Idque docet praedicta *l.* 10. *C. de Praescr. l. t.* Hoc intellecto, nulla juris antiqui et novi hac parte discrepantia fuerit.

TIT. IV.

PRO SOLUTO.

(a) Pretium operae videtur, singulos percurrere titulos, ex quibus usucapionis usus maxime colligi potest. Monitum de illis universale praebet argumentum Tituli, *Plus valere quod agitur, quam quod simulate concipitur*; non eum esse titulum usucapiendi, quem partes prae se ferunt, sed quem revera tractant. Quare si vendere se rem simulent, cum donandi sit animus, non pro emptore, sed pro donato res usucapta censetur. *l. ult. pro Don.* Quod si Titulus, quem revera tractant, sit nullius momenti ad usucapionem, etsi quem praeseferunt sit idoneus, tamen nihil agitur, quia non ejus quem simulant, sed quem dissimulant rationem esse habendam, praedictus docet titulus, utique *l.* 1. *et l.* 3. Atque haec ad ea, quae Thomasius *ad h. t. pos.* 1. arguatur, suffecerint.

N. Addit.

Sufficiunt utique, postquam Auctor videlicet emendavit ea, quae in positionibus obscure et minus recte dicta sunt, secundum monita scholiorum meorum. Sic enim se res habebat ibi.

Posit. 1. *Tituli justi sequentibus rubricis memorantur, de quibus in genere notandum; causam simulatam, si nihil agatur,* (a) *nullius esse momenti.* l. 1. C. plus val. quod ag. *Sed ubi aliud pro alio simulatur, sufficit, eum titulum, qui simulatur,* (b) *esse habilem ad transferendum dominium.* l. ult. pro Don.

(a) Obscure, ut nescias quid velit. Clarius sententiam *d. l.* 1. *C.* explicat rubrica ejusdem tituli, cujus expositionem vide apud Brunnem. et Perez. *ibid.*

(b) Dicerem potius, qui revera subfuit. *d. l. ult.* Nam ibi venditio fuit simulata, et revera subfuit donatio.

(b) Primus Usucapionis titulus est, *Pro soluto*, cui res aliqua est soluta, vel in solutum data, hic caeteris paribus, usucapit pro soluto. Dicitur autem solvi, quod ipsum debetur, In solutum dari, quod volenti creditori, cui res alia debetur, solutionis causa datur. *l.* 46. *de Usucap.*

TIT. V.

PRO EMPTORE.

(a) Pro emptore usucapit, qui rem a non domino *l.* 74. *de contr. empt.* pure emit, *l.* 2. §. 2. *hic*, aut litis aestimationem solvit, *l.* 1. *et l.* 3. *eod.* est enim litis aestimatio similis emptioni. *d. l.* 3. Est aliquid hujus tituli singulare, notatum ad *Inst.* quod, cum Traditio

(c) *Pos.* 5. 6. *et* 7. (e) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 2. (a) *Pos.* 1. *et* 2.

(1) *Crediderim inter moras litis usucapionem compleri, remque vere usucaptam esse, licet postea contra possessorem judicetur: idque vel ex sola* l. 18. de rei vindic. *colligi potest, quae non obscure innuit, pignus valere, si possessor rem inter moras litis usucaptam oppignoraverit, eoque nomine possessor cavere jubetur dum condemnatus eam res restituit. Adeoque supponit J. C. pignus non tantum recte impositum esse, sed etiam durare postquam possessor condemnatus rem pristino domino restituit.*

facta ex errore falsae causae, modo adsit bona fides, pariat usucapionem, id in emptione non procedat; nisi emptio venditio vere praecesserit, aut saltem, bona fide et ex errore justissimo, rem crediderit esse venditam. *l. 2. in pr. h. t.* Dix *ad Inst. n. 7.* quibus adde sis Wissenbachium *ad h. tit.*

TIT. VI.

PRO HAEREDE VEL PRO POSSESSORE.

(a) Tit. pro haerede in *l. pen. pro haer.* statuitur in rebus, quas haeres defuncti esse putavit, eaque mens videtur esse Tribon. sed juris ratio et textus in *l. 4. C. de Praescr. long. temp* et *l. ult. C. h. t.* non permittunt: siquidem haeres absolute repraesentat defunctum, nec ullum characterem novum Successio ei donare potest, *l. 11. de div. temp. praescr.* haeredi nihil quam repraesentatio defuncti, non titulus novus adscribitur. *l. ult. C. Pro Haer. l. 4. C de praescr. long. temp.* Placet audire, quid Thomasius ad hanc rem satis intricatam, scripsit ad nostram *Posit. 1. h. t.*

SCHOLIUM.

Si nulla in re, certe in usucapione pro haerede, dissenserunt JCti veteres, quod non observantes Juris civilis commentatores moderni, praeprimis ii, qui malunt distinctionibus quibuscunque contenti esse, modo aliquatenus Justiniani auctoritatem, nullam dari in corpore Juris dissonantiam asserentis, iisdem tueri queant, quam ingenua imbecillitatis humanae agnitione antinomiam fateri, etenim in hujus tituli expositione crucem discentibus fixerunt, singuli fere singulas, easque variantes, nec parum dissidentes a se explicationes proponentes. Mihi uti omnes excutere jam non vacat, ita quae in Auctoris expositione dubia restant, proponam, mea opinione paucis praemissa. Scilicet, si leges ff et C. sub hac rubrica positas evolveris, deprehendes, nullam earum exponere quid sit pro haerede usucapere, sed omnes ostendere saltem, quinam non possint usucapere pro haerede; sola l. penult. h. t. *excepta, ubi Pomponius, plerosque putasse docet,* si haeres sim, et putem rem aliquam ex haereditate esse, quae non sit, posse me usucapere, *aperte indicans, quidquid etiam communiter pro expositione hujus textus alii asserant, haeredem usucapere posse res defuncto v. g. commodatas, si modo factum commodationis ignoret: Adeoque titulus pro haerede, ex mente Triboniani eo spectabit, ut pro haerede usucapere possit quis eas res, quae apud defunctum erant ex causa justa, ad dominium tamen transferendum inhabili. Caeterum, quemadmodum Pomponius: PLEROSQUE hanc fovisse sententiam dixit, ita non defuerunt qui contrariae opinioni faverent, quorum fragmenta ex incogitantia Triboniani, aliud videlicet tum agentis, etiam Pandectis sunt inserta. Hos inter et Papinianus videtur fuisse, si non tam casum* l. 11. de div. temp praescr. *quam subjectam eidem rationem consideremus. Cum autem Papiniani responsa semper magnae auctoritatis fuerint, non dubium etiam, quin et Apud Antonium Caracallam eandem obtinuerint, vel certe apud eos, qui ei, ut* l. 1. C. h. t. *conderet, fuere auctores, in qua diserte usucapio pro haerede, quatenus minimum a Pomponio, et illis plerisque, qui Pomponio consentirent, ac a Papiniano dissiderent, exponitur, abrogata est, haecque abrogatio iterum noviter a Diocletiano repetita,* l. ult. C eod. l. 4. C. de praescr. long. temp *quorum adeo Constitutiones cum in Codicem repetitae praelectionis a Triboniano fuerint collocatae, in his etiam, tanquam posteriori Triboniani voluntate, erit subsistendum, Non male itaque, quantum ad Jus Codicis, Brunnem* ad l. 1. C. h. t. *Titulum pro haerede non probare peculiarem titulum usucapionis; sed tantum novam qualitatem et tituli ejus continuationem, quem defunctus habuit, et ex hoc sequi, si defunctus non habuit titulum, nec haeredem pro haerede usucapere posse res quas in haereditate reperit Idem sentit Auctor pos* 3. hic.

(b) An igitur ipsius defuncti res propriae usucapientur ab eo qui se putat esse haeredem probabili ex causa? Sic Pacius et Corvinus *ad h. t.* tradunt. Quid autem, an ita haeredi totam haereditatem vindicanti, possessor res singulas subducere potest obtentu usucapionis? Nihil minus, sic enim haereditatis petitio eluderetur. (1)

(a) *Pos. 1.* (b) *Pos. 2.*

(1) *Putem recte dici, res defuncti proprias titulo* pro haerede *usucapi posse ab eo qui putat se haeredem esse probabili ex causa, idque Julianus videtur innuere in* l. 33. § 1. ff. hoc amplius de usucap. *An ergo eluditur per hanc usucapionem petitio haereditatis? Nequaquam: cum non obstante usucapione*

(c) Igitur Usucapio pro haerede sumenda videtur ita, ut tantum sit nova qualitas in continuatione tituli, quem defunctus habuit, veluti, quando defunctus pro emptore possedit, haeres, vel is qui putat se haeredem esse, potest absolvere usucapionem.

N. Addit.

Recte jam omisit Auctor praelectionibus addere positionem quartam, propter monita scholii praecedentis, partim scholiorum, quae illi positioni subjeceram.

Pos. 4. *Vel potest esse nova usucapio, hoc modo; qui putat se haeredem esse, invenit rem in haereditate, quam putat esse defuncti, cum sit aliena, et sine titulo a defuncto possessa; Evincitur ab eo haereditas; rem hanc alienam non restituit: imo nec ipsi vero veterique domino restituere cogitur: Nactus est enim bona fide tituloque justo, (b) nec objici potest ei, quod defunctum repraesentans, alio titulo gaudere nequeat ac ille habuerat: etenim ille non est haeres, (c) sed probabiliter tantum se esse putavit.*

(*b*) Sed quo? An pro haerede? At haeres non est. Et quamvis haeredem se esse putaverit ex probabili causa, tamen neque hic error ipsi prodesse quid poterit. Ut enim justus error usucapionem producat, requiritur ante omnia, ut titulus, quem subesse per errorem putamus, ad hanc rem, quam usucapere volumus, transferendam sit habilis. Sed si verus haeres esset, qui alienam rem tanquam haereditariam possidet, eam non posset usucapere.

(*c*) Quid inde? Vult tamen rem usucapere pro haerede, quod ad objectionis firmitatem sufficit. Alias enim sequeretur, putativum haeredem plus juris habere quam verum, quod iterum implicat.

In hunc sensum accipio, nec aliter possum, *l.* 33. §. 1. *vers. Idem hic, et hoc amplius de Usuc.* Aliter Bachov. ad Wesenb. *h. t. et de Action. disp.* 3. *th.* 21 et D. Wissenb. *ad h. t. th.* 11. Eadem Lex mihi persuadet, *vers. idem.* titulum pro possessore hic esse accipiendum, ut in *tit. de possess. haered. petit.* non ut in *l.* 11. *de haered. pet.* secus Pacius *hic.*

Aliis exempla usucapionis pro Haerede, quaerenda videntur in exquisitis casibus. Sed magis est, ut in praedictis generalibus acquiescamus.

TIT. VII.

PRO DONATO.

(a) Tit. pro donato esse pro eo, cui res a non domino donata est, *l.* 1. *h.* vel, quod idem, immaginarie vendita, donandi scil. animo, *l. ult. h.* oportet autem donationem esse validam. *l.* 1. §. 1. *et* 2. *l.* 3. *et l.* 4. *h. t.*

2. (b) Imo nunquam valet donatio rei alienae. *l.* 9. §. *ult. de Donat.* Resp. ad effectum dominii transferendi non valet; sed ad usucapionem secus est.

3. (e) Prohibitae donationis exemplum est in ea, quae inter virum et uxorem intercedit, ex qua usucapio non procedit, *l.* 1. §. 2. *h.* nisi res sit, inquam, in quam nihil juris habet donans, et ex qua nihil damni sentiat. *l.* 3. *eod. et l.* 25. *de Don. int. V. et U.* Velut, si vir rem alienam uxori donarit, tunc enim quae propriam mariti nullo modo adquirere poterat, dominium alienae rei, in qua vir liberalis fuit, patitur; quia scilicet donatio eo tantum inter conjuges prohibita est, quae donantem facit pauperiorem, qualis non est liberalitas ex alieno. *d. l.* 25.

4. (d) Sed quae est ratio, quod donatio mortis causa, traditione a donatore vivo impleta,

(e) *Pos.* 3. (a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 2. (e) *Pos.* 3. (d) *Pos.* 4.

duratura sit haereditatis petitio, per quam etiam res usucaptae auferri poterunt: nec mirum; nam et si mortis causa donatarius rem alienam sibi donatam usuceperit, poterit ea per conditionem ei auferri. l. 13. de m. c. donat. *Sic etiam, si putativus debitor rem alienam tradiderit creditori bona fide accipienti, poterit hic usucapere, quamvis solventi salva maneat indebiti condictio.* l. 48. de usucap. l. 15. §. 1. de condict. indeb. *Sed et putativus ille haeres usucapere poterit res defuncto commodatas vel apud defunctum depositas, quas tamen verus haeres usucapere non poterit. Nec video qua ratione hoc implicet; non enim putativus haeres continuat titulum defuncti, secus ac verus haeres. Verus quoque haeres titulo pro haerede usucapere poterit res defuncti proprias alteri legatas, quae, codicillis non apparentibus, alteri legatae ignorantur, licet hae res etiam usucaptae auferri ab ipso possint per actionem ex testamento. Quin nihil obstare putem, quominus verus haeres eodem titulo usucapere possit res quae casu immixtae sunt jacenti haereditati, v. g. si Titii ovis se gregi haereditario, mortuo testatore, immiscuerit, et bona fide credatur esse haereditaria. Quod exemplum suppeditat Pagenstecher* in admonitor. ad paud. parte 6. §. 160.

usucapionis effectum non praestet, ut habetur *in l.* 13. *pr de Donat. m c.* tametsi ad dominium transferendum habilis sit? *l.* 2 *vers. aliam eod.* Quia dominium hoc a donatore semper revocari potest, *l.* 30. *eod.* ideo, si donatarius per usucapionem dominus sit factus, neque datur repetitio, quam si mox ab initio dominium adeptus esset, perinde atque de condictione indebiti scriptum est in *l.* 15. §. 1. *de Cond. indeb.*

TIT. VIII.

PRO DERELICTO

(a) Pro derelicto non potest usucapi res deperdita, licet inventor putaverit esse derelictam. *l.* 6. *h.* non obstante *l.* 4. *h. t.* Proinde quovis tempore talis res a Domino repeti potest; nec ideo recte dicitur, ejusmodi rem pauperibus esse dandam, nisi talis sit, quae servari nequit.

SCHOLIUM.

Ad l. 4. h. t. *Auctor respondere vult in fine* posit. seq. *In hoc cum Auctore sentimus, Julianum* d. l. 6. et 7. *simpliciter nolle admittere errorem in usucapione pro derelicto. Contra Paulus in* d. l. 4 *errorem mihi prodesse statuit, sed justum haud dubie, quod et verius, arg. eorum, quae ipse auctor supra pro emptore.* posit. 2. *adduxit.*

RESPONSIO.

Vim facit Paulo Thomasius in explicatione d. l. 4. *contra juris rationem. Sic ait Paulus*; Id quod pro derelicto habitum est et haberi putamus, usucapere possumus, etiamsi ignoramus, a quo derelictum sit. *Ponit diserte, rem vere pro derelicta habitam esse*, hic est titulus; *dein possidentem hoc putare*, est bona fides. *Non dicit igitur, errorem prodesse possidenti rem talem, quae a nemine derelicta sit. In hoc tantum laborat scientia possidentis, quod nescit a quo res derelicta sit, quae vere derelicta est. Non erravit igitur in opinione; quod res pro derelicta sit habita. Putavit hoc ita, quemadmodum res se habebat.*

N. ADDIT.

Consentio Auctori, et ferre possum ut nunc expungatur scholium.

(b) Alii pro derelicto usucapi volunt, si quis rem nullius esse probabiliter credat. Bachov. *part.* 2. *ad Tr. disp. de Usuc. th.* 5. *lit. G.* Sed cum eo casu titulus deficiat, (a) ne sic quidem procedit usucapio. *l.* 7. *h.* Verus usus est, quando non dominus rem pro derelicta habuit; eamque alius occupavit, putans a vero domino fuisse derelictam. *d. l.* 4. *h. t.*

(a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 2.

SCHOLIUM.

(a) *Non deficit, vel, si velis deficere, dic, cur usucapio procedat* in l. 11. ff. pro emptore. et l. 5. §. 1. pro suo. *Si enim hic titulus deficiat, deficit et ibi.*

RESPONSIO.

Deficit heic aperte, quia non est verum rem esse derelictam aut pro tali a priori possessore habitam. Quod ex l. 11. et l. 5. §. 1. *Thomasius profert, ad exceptionem pertinet Tituli defectum impedire usucapionem, manifestum est; Est tamen generalis, ut videtur, exceptio; nisi valde probabilis et justissimus error opinionem tituli inducat, ut in* d. l. 11. *Quia tamen ejusmodi error excedit ordinarios usucapionis terminos, hinc potius ad usucapionem* pro suo, *qui titulus est quasi supplementum reliquorum, quam ad eum, circa quem error est, vertitur.* d. l. 5. §. 1. Pro suo.

N. ADDIT.

Sed haec responsio dubium non tollit. Nam I. ista responsio de titulo pro suo, non potest aptari ad l. 11. pro emptore. *Et ergo si probabilis et justissimus error non impedit usucapionem pro emptore, cur impediret usucapionem pro derelicto, etsi ea ex* d. l. *Paulina non possit probari. II. Parum intererit, si dicas errantem in titulo pro derelicto, non usucapere pro derelicto, usucapere tamen pro suo, cum hic titulus sit supplementum reliquorum, secundum confessionem propriam Auctoris.*

Thomasius ad explicationem nostram *legis* 4.

SCHOLIUM.

Sed quae conjectura eo nos ducit, ut credamus, Paulum in d. l. 4. *de hac circumstantia cogitasse?*

RESPONSIO.

Nulla conjectura, sed positio expressa, quam Paulus habet in verbis paulo supra *collocatis et expositis.*

N. ADDIT.

Poterit ergo et hoc scholium omitti.

TIT. IX.

PRO LEGATO.

(a) An pro Legato usucapit, qui possidet aliquam rem, quam putabat sibi legatam, cum non esset? Minime, *l.* 2. *h.* verum si legata sit res, quae non erat propria testatoris, l. 4. *in pr. h.* quod velim conferri cum iis, quae modo contra Bachovium et Thomasium disputavimus. (b) Denique procedit etiam, si res fuerit quidem Testatoris, sed legatario adempta sit ab ipso testatore codicillis, quod legatarius ignorabat, vel si in nomine sit erratum, ut si duo sint Titii, et alter eorum de se cogitatum existimaverit, erronee. *d. l.* 4. (1)

TIT. X.

PRO DOTE.

(a) Pro Dote usucapit, qui in dotem accepit res alienas, *l.* 1. seu singulas, sive universas pariter, §. 1. *l.* 1. *h.* si nempe dos et matrimonium vere sit, non si putaverit, cum non esset, *d. l.* 1. §. 3. *et ult.* similiter atque prioribus titulis dictum est.

(b) Rebus ante nuptias traditis, id tempus proprie non putatur in usucapione, ne quidem si aestimatae fuerint, *l.* 2. ex ratione *l.* 10. §. 4. *de Jur. dot.* quoniam aestimatio illa quasi sub conditione, si *nuptiae secutae sint*, intelligitur.

(c) Et tamen sponsalibus contractis utiliter usucapio *pro suo* procedit, nisi dictum fuerit, ne dominium transiret aliter quam nuptiis secutis. *d. l.* 1. §. 2. (2)

SCHOLIUM.

Multa sunt, quae adversus hanc conciliationem urgeri possunt, et aut nihil intelligo, aut Paulus et Ulpianus iterum a se dissident. Imo nec Ulpianus hic sibi omnino constat, nisi vel dicas, Juliani sententiam saltem in l. 1. §. 2. hic *ab eo recenseri, vel limitationem ex* d. §. 2. l. 1. *addas* l. 10. §. 4. de Jure dot.

RESPONSIO.

Nam tam Paulus et Ulpianus, quam Justinianus uno contextu, in l. 1. et 2. *contraria scriberet, ex sententia Thomasii. Sententiam Juliani tantum referri in* l. 1. §. 2. *frustra dicitur, per Ulpiani dicta,* quae sententia mihi probabilis *videtur. Nihil igitur potius est, quam ut in eo; quod dictum, acquiescamus.*

N. ADDIT.

Jam tacite consensi in verbis finalibus Scholii de limitatione d. l. 10. §. 4. *ex* d. l. 1. §. 2. *Ergo sit. ita*

TIT. XI.

PRO SUO.

(a) Titulus pro Suo accipitur vel generaliter, vel specialiter. In genere, quoties aliquis putat se dominum esse; ac ita concurrit cum omnibus aliis titulis, *l.* 1. *in pr. h.* ut murque ejus appellatione, cum aliis titulis proprie non est locus, ut exemplo patet in *l.* 1. §. 2. *Pro dot.* In specie titulus pro suo maxime pertinet ad errorem falsae causae, *l.* 3. *h. t.* de quo *ad Inst. n.* 7. et ut aliqui putant, in rebus, quae mari, terra, coelo capiuntur, aliisve modis, quae rem nullius esse arguere videantur, licet revera non sint. *l.* 2. *eod.* Non spernenda sunt, quae habet hac de re Thomasius.

(a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 2. (a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 2. (c) *Pos.* 3. (a) *Pos.* 1. *et* 2.

(1) *An quomodo res testatoris propria poterit per hunc legatarium usucapi, cum dominium per traditionem ab haerede factum in ipsum videatur translatum? Dicendum, Paulum loqui de legato vindicationis, in quo dominium sine facto haeredis, statim ab adita haereditate transibat in legatarium: haeres itaque per suam traditionem noluit transferre dominium, quod jam translatum putabat, adeoque dominium translatum non fuit.*

(2) *Vide Bartholom. Chesium* interpret. jur. lib. 2. cap. 26. *ubi probare conatur, tempus ante nuptias putari in usucapione, dum res inaestimata sponso tradita est,* l. 1. §. 2. h. t., *non item dum res aestimata fuit tradita.* l. 2. h. t.

SCHOLIUM.

Et hic Tribonianus crucem nobis fixit, miscendo in hoc titulo, quae ad titulum pro suo generalem spectant, specialibus. Scilicet pro Suo possidere dicitur generaliter, qui rem ex quacunque causa ad dominium transferendum habili possidet. l. 1. h. t. *Caeterum, hae causae vel habent nomen speciale, ut emptio, donatio, legatum etc. Vel non habent, ut ea, quae jure accessionis, vel occupationis adquisivimus. Quas ex posterioris generis causis possidemus, in specie pro Suo possidere dicimur,* l. 2. h. t. et l. 1. §. 2. pro Dote, *praeprimis si revera nullius fuerint, aut etiam revera jure accessionis ad nos spectent,* d. l 2. *quod si tamen et hic justus et probabilis error subsit. possessio haec* pro Suo, *etiam ad usucapionem sufficit.* d. l. 2. junct. l. 4. pr. eod. *Caeterum, stipulatio quoque causa ad dominium transferendum habilis est, et talis quidem, quae nomen habet, unde mirandum, quod nec de hac specialis titulus reperiatur in Pandectis,* Pro stipulatu *videlicet. An hoc ideo factum, quod hoc nomen non usurpaverint JCti, sed magis delectati fuerint nomine generali* pro suo? *Id videtur, propter* l 3. h. *Jam his praemissis, facile est dignoscere mixturam Triboniani.* L. 1. pr. *agit de possessione pro suo generali.* §. 1. *spectnt ad titulum pro emptore.* L. 2. *exponit possess pro suo stricte dictam.* L. 3. *possess. pro stipulatu exhibet.* L 4. pr. *iterum specialem pro suo possess. adducit.* § 1. *pertinet ad tit. pro haerede.* (junct. l 3. pro haerede, §. 2. *ad tit. pro legato* (vid. l 2. ff. eod.) *Denique* l. 5 *iterum ad titulum pro emptore. Ergo si accuratius Tribonianus leges hujus tituli voluisset collocare, nihil ponendum fuisset, quam.* l. 1. pr. *tum* l. 2 *inde* l. 4. pr. *reliqua erant referenda ad suum locum.*

RESPONSIO.

Cur titulum pro Stipulatu non prodiderint Jcti, causa non est idonea, quod nomen hoc non usurpaverint, sed magis delectati fuerint *nomine* pro Suo. *Haec enim est petitio* τοῦ ἐν ἀρχῇ principii, *quam vocant. Hoc quaeritur, cur ita? Dic potius, quia Stipulatio ipsa est contractus generalis. et accessorius omnium reliquorum. cui proinde nomen generale* pro Suo *melius conveniebat, quam suum proprium: quippe tum visa fuisset causa peculiaris, cum sit inventa reliquis contractibus firmandis, ut* ad tit. l. de Verb. obl. *satis est demonstratum.* Reliquis Thomasii non est quod opponamus.

N. ADDIT.

Et hic igitur omnia bene se habent. Nam Auctor sententiam meam de stipulatu illustrat magis, quam quod refutet. Neque hoc est petere principium, cum dixi, JCtos noluisse nomen hoc usurpare Nam revera noluerunt, etiam secundum mentem Auctoris. Sed est rem non satis perspicue dicere Petere principium dicitur de illis, qui quid ut indubium affirmant, quod alter negat.

His titulis quaslibet res, non exemptas privilegiatasque, usucapi posse, tum et quae sint exemptae, diximus ad *h. tit. Inst.* Inter quas etiam Res civitatum, juxta res Fisci, Ecclesiae, domuumque piarum, recensentur a Vinnio aliisque omnibus, *ex l. ult. C. de fund patrim. Tit. C. Ne rei dom. vel templ.* Verum tamen est, nullum dari textum, e quo res Civitatis liqueat esse exemptas usucapioni. Ideoque dicendum, eas nec videri exemptas, nisi lex specialis proferatur

LIB. XLII. TIT. I.

DE RE JUDICATA, ET DE EFFECTU SENTENTIARUM, ET DE INTERLOCUTIONIBUS.

I. Continuatio, et quid res judicata. II. Quid sententia, et quid differat a Comminationibus, Subscriptionibus, et Epistolis, ac Imperiis. III. Quae summarie expediuntur vim sententiae habere; an etiam quae de plano per libellos?

(a) Tractatus de Judiciis per Digesta sparsus, una cum causis, actionibus et juribus unde oriuntur, arbitraria, quam videmus, methodo absolvitur. Ipsius Judicii tres habemus partes praecipuas, constitutionem ejus in *tit de Judiciis*, prosecutionem ad *Tit. de probationibus et seqq.* Finem et executionem ejus in *hoc tit.* et deinceps. RES JUDICATA, quam Rubrica loquitur, est Lis quae per sententiam finem accepit. Ex continenti enim post sententiam dici Rem judicatam, probat ratio et *Lex.* 1. *h. t. l.* 14. *C. de Appell.* Sed quia cis decem dies appellari potest, ut *infra* videbimus, et per appellationem executio sententiae impeditur, satis apparet, plenam sententiae vim ante decem dierum lapsum non esse comparatam. Nec aliud velle puto Canonici juris Auctores, quos communiter a jure Civili hac parte discrepare volunt: quando post *decem dierum spatium sententiam in auctoritatem rei* judicatae transire docent in *cap.* 15. *X. de sent. et rejud.* quod respectu suspensae executionis, propter appellandi facultatem, ita eos intelligere, docet ipse Pontifex in *d. cap.* 15.

2. Quid autem sententia sit, dictat eadem lex 1. Est ultima (a) Pronunciatio judicis super causa cognita, absolutionem vel condemnationem continens.

SCHOLIUM.

(a) *Nam interlocutio ex stylo Jurisprudentiae Romanae, non est sententia.* Wiss. h. th 1. Struvch. XXVI. 2. *quod tamen moribus nostris secus.*

(b) Causae cognitione praevia sententiam oportet esse latam, et sine ea quidquid a judice profertur aut pronunciatur, non potest habere vim rei judicatae. Ergo comminationes, quales sunt interlocutiones Praesidis apud Acta signatae, ut nisi debitor *v. gr.* solverit intra certum diem, duplum seu quadruplum inferat, non habeat vim sententiae. *l.* 4. *C Commin. Epist.* Ejusmodi poenalia Rescripta saepius eduntur a judicibus, iisque partes parere debent: At si non pareant, executio tanquam ex re judicata non datur, sed causa prius cognoscenda, et sententia super isto poenali mandamento, quod vocant, denuo ferenda est, ut servatur usu quotidiano, et docet Gailius 1. *obs.* 15. Porro nec res judicata *videtur*, si per Epistolam Rector Provinciae solvere pecuniam jussit, *l.* 2 *C. eod.* neque Programmata a praesidibus proposita, *l.* 6. neque Subscriptiones ad libellos datae, quibus aliquis in possessionem fundi v. gr. mittitur. *l.* 5 Semper enim ut effectus rei judicatae obtineat, partium allegationes audiendae et examinandae sunt. *d. l.* 5. Idemque de omnibus Imperiis Magistratuum intelligendum. *l* 14. *h. t.* Atqui de Principibus ita traditum est Quodcunque per epistolam vel subscriptionem statuerunt, id juris habere vigorem, non secus atque si Edicto praecepissent *l.* 1. *de Const. princ.* Videlicet, si animum juris condendi habuerint, quod non aliter quam re penitus discussa locum et usum habere potest. *l.* 2. *et* 3. *C. de LL.*

3. Enim vero causae cognitionem esse vel summariam, vel ordinariam, satis constat, et probatum est ad *tit. de Judic. n.* 33. *pag.* 231. *seq.* nec dubium, quin utraeque vim sententiae reique judicatae teneant: Quippe Judicia de Interdictis, quae sunt Actiones extraordinariae, *Rubr. D. de Interdict.* finiuntur per sententiam definitivam, *l.* 3. *C. de Interdict.* ut videbimus *infra.* Idem in reliquis actionibus summariis et extraordinariis indubitatum est. Textus vide in *praed. Loco ad tit. de Judiciis.* Atque ita sine dubio in his quae pro tribunali sive per decretum, causa licet breviter cognita, fiunt. An autem, quae de plano per libellos expediuntur, vim rei judicatae obtinere possint, non de nihilo quaeritur, eaque de re non semel quaesitum dubitatumque recordor. Etiam diverso modo in suprema Curia nostra aliquando judicatum. Quia vero haec res admodum frequentis usus est, cum negotia, quae per libellos expediuntur, nihilo sint pauciora, quam quae pro tribunali disceptantur, placet heic de Libellis, ut hodie tractantur, agere paucis.

(a) *Pos.* 1. 2. *et* 3. (b) *Pos.* 4.

DE LIBELLIS SUPPLICIBUS.

IV. Libelli Principibus oblati, a judiciali discrimen et convenientia. V. De Libellis quibus petitur Commissio judicialis. VI. An ex rescriptis ad libellos, partibus auditis, oriatur exceptio rei judicatae. Rationes pro adfirmativa. VIII. Rationes pro negativa refutatae. IX. Decreta et dispositiones aliae, quae sine processu contradictorio vim rei judicatae habent.

4. Primo omnium de libellis et dispositionibus ad libellos, et quae fiunt a Magistratibus atque a Judicibus, heic agi, praemonendum est. De his qui Principibus, aut apud nos Ordinibus eorumve Delegatis offeruntur, repetendum dumtaxat, quod alias probatum est, non debere Principibus offerri supplicationes, quae Fisco sint damnosae, quae jus tertii tollant, et quae juri adversantur. Et si Rescripta ejus generis impetrata fuerint, ea non valere, nec ideo mandata Principum aliter, quam cognita causa executioni danda esse, probant textus juris in *l.* 2. *l.* 3. *l.* 4. *et l.* 7. *C. de Precib. Imp. off.* et diximus ad *tit. ff. de Const. Princ.* Denique, nec super causa litis pendentis, Principibus supplicare licet, *l.* 2. *C. Ut lit. pend.* quia cursum justitiae nolunt interrumpi, sed hominum querelas ad se per legitimos provocationum tramites deferri; Proinde si Magistratus aut Judices partibus non faciant copiam Justitiae, juxta morem procedendi legitimum, tum quidem recursum ad Principem dari, res loquitur, et diximus *ad tit. praed.* Hos limites Romani Principes sibi ipsis circumscripserunt, a quibus hodierni Imperantes nimium quam recesserunt. Ordines tamen nostri moderationem Principum Romanorum in eo non tantum sequuntur, sed etiam superant: Quando de rebus juridicis se prorsus adiri non patiuntur; sed eas Curiae supremae, tam in civilibus quam criminalibus *privative*, ut Ordd. loquuntur, commiserunt. Si qua privilegia vel remissiones poenarum, certis personis indulgeant, ea non aliter, quam causa apud Curiam cognita probataque, effectum habere patiuntur, ut est apud Sandium *lib.* 5. *tit.* 2. *art.* 2. Neque tamen eadem requisita, quae Principum libellis adscripsimus, in judicialibus non requiruntur. Certe nec illa valebunt, si Fisco damnosa, jus aliorum tollentis, vel juri contraria sint, tanto minus quanto judicis inferior potestas minus valet quam summa Principis. Proinde si Curiae supremae libellus offeratur super causa litis apud inferiorem judicem pendentis, extra causam negatae justitiae, non est audienda Querela, cujusmodi Curiae nostrae judicium fuit *d.* 24. *Nov.* 1680. quando Commissarius libellorum supplicum, subscriptione jusserat, in statu retineri, hoc est suspendi, causam litis apud Judicium *Opsterlandiae* pendentis, quod rescriptum decreto Curiae improbatum est, in causa *Fiscalis dicti territorii ratione officii, contra Stephanum Johannis cum soc.*

5. Quo autem effectus dispositionum ad libellos supplices melius intelligatur, partitione species eorum detegamus. Libelli vel sunt tales, ad quos sequitur *Commissio*, sive delegatio *Commissarii*, quem vocant, vel remissio ad jus ordinarium, vel peremptoria dispositio. Libelli ad quos sequitur Commissio, vel statim eam recipiunt, vel audita parte adversa. Statim, quando Judex e relatione supplicantis intelligit, inquisitione per Commissarium facienda opus esse, veluti, quando minor petit veniam aetatis, quando venia res pupillorum, minorum, ecclesiarum et civitatum alienandi petitur; quando Magistratus officium imploratur, ut alicui bonis interdicatur. Hae res ita administrantur, ut statim Commissarius detur, qui habita inquisitione vel ipse decernit quod petitur, vel refert ad Collegium, ut ab eo res petita decernatur. Non solet quidem fieri, ut is cujus interest ad has causas citetur; Si tamen re cognita petat audiri, seque velit opponere, non posse, verbi gratia, prodigum a contradictione repelli, diximus ad *tit. de Curat. Furios. et al. in fin.* Quid autem si non vocato sit interdictum, aut alienatio sit permissa, an hoc decretum adeo firmum erit, ut deinceps hi quorum interest, in contradictorio non sint audiendi? Censeo, non posse negari judicium, si res habeat civilem *ἀναθεώρησιν*, quia parti inauditae nulla posset obstare judicati auctoritas. *d. tit. C. Commin. etc.* Libelli, in quibus auditis utrinque partibus, res judici delegatur, sunt de negotiis, in quibus ita dissident partes, ut inter eos conciliatio speretur. Quo casu apud nos rescribi solet, *Fiat commissio sine verbali processu.* De his, nec non de omnibus illis, quibus ad jus ordinarium et disceptationem partes remittuntur, non habet locum Quaestio de auctoritate rei judicatae.

6. De his vero, qui sine disceptatione sive Processu juris ordinario expediuntur, quaedam sunt *provisiones* ad ulterius aliquid tendentes, quaedam definitiones ultimae. Priores, etsi vim habeant irrevocabilem, ut omnes interlocutiones, tamen huc non pertinent. Egimus de illis in *parte* 2. *Jurispr. Hodiern. lib.* 1. *cap.* 34. *n.* 15. *seqq.* Via, per quam ad definitionem causae in libello tractatae pervenitur, hujusmodi.

est. Libellus supplicantis adversario jubetur insinuari, ut intra certum tempus rescribat, Rescriptio ejus supplicanti rursus insinuatur, qui contra rescribit, et in quibusdam judiciis reus, id est contra quem supplicatio facta est, duplicat. Hisce tribus aut quatuor scripturis, a judice visis et examinatis, si causam reperiat ejusmodi, ut sine processu solemni probationum definiri queat, subscribit suam sententiam, quod fit aliquando a toto Judicum Consessu, ubi plures sunt; aliquando a Commissario sive Magistro Libellorum supplicum, nomine tamen Curiae, sive totius Collegii. Qui se per hanc sententiam laesum arbitratur, intra 24. horas petere potest, ut *rursus audiatur*. De hujusmodi subscriptionibus, sive sententiis libello subscriptis, quaesitu dignum et aliquando quaesitum est, si nulla *Reauditio* petita, vel appellatio, (quando judex inferior subscripsit) instituta sit, vel etiam, si per reauditionem confirmatae fuerint, an super eadem causa denuo lis moveri possit an vero deinr ex illis exceptio rei judicatae, Curiae nostrae praejudicia extant in utramque partem. De hoc quidem non dubitatur; Si is, qui per rescriptum ad Libellos condemnatus aut rejectus est, eandem causam per libellos denuo disceptare velit, abscisse repellitur. Verum an, si petatur Citatio juris ordinarii et via processus solemnis super causa per ejusmodi rescriptum definita, et victor opponat exceptionem rei judicatae, an haec admittenda sit, id demum ambigitur. Admittendam esse exceptionem, visum est Supremae Frisiorum Curiae, *in causa Gertrudis Coraeliae, contra viduam et haeredes Olphardi Belida, in principio Anni* 1675. Non esse admittendam exceptionem rei judicatae ex ejusmodi Rescripto, placuit eidem Curiae in causa *Melle Jeens*, contra *Tjamke Tymens, die 8 Maji* 1682. ubi hac de re πραγματικῶς et acite disceptatum est. Nos primo, ut est momentum rei, et usus frequentia, rationes pro adfirmativa reddemus, tum rationes negativas refellemus. Dein, numquid temperamenti et instar medii detur, videbimus.

7. Rationes, cur ex ejusmodi Rescripto sive sententia, post scripturas hinc inde commutatas, oriatur sit exceptio rei judicatae, sunt hae: *Prima*, quia tale Rescriptum est vera sententia per causae cognitionem et disceptationem judicialem definita, cujus formula est, *Curia, visis omnibus, injungit, etc.* II. Quia in libello perinde fit conclusio, et in Rescriptione contradictio, ac ita porro, quam in processu ordinario causarum, quae sine interlocutione probandi causa, definiuntur, forma dumtaxat externa discrepante. III. Quia Curia seu Judex, antequam definiat causam, perpendit, utrum causa ejusmodi sit, quae summatim finiri possit, an opus sit ordinario Processu, et cum prius arbitrata est, tum hoc judicio standum neque id retractandum est. IV. Quia summariae cognitiones et Judicia extraordinaria, aeque desinunt in sententias et res judicatas, quam ordinaria, ut probatum *est ad tit. de Judic.* V. Quia cum a tali Rescripto per Judicem inferiorem dato, appellatur ad Curiam Supremam ibique confirmatur, inde sine dubio nascitur exceptio rei judicatae. Atqui tale Rescriptum per judicium appellationis confirmatum, non fit amplius quam quod fuit, nec nisi in vigore constituitur; Resolvitur, inquam, in id, a quo appellatum est, idque agitur, ut maneat sententia Summaria; et appellans declaretur non gravatus Rescripto, sive summaria judicis inferioris sententia. VI. Ex ejusmodi decretis non potest negari, quin jus aliquod parti victrici adquiratur; At huic jus semel adquisitum rursus adimi non potest.

8 Rationes obstantes hujusmodi esse videntur I. opp. Lex. *ult. C. d. t. Commin. epist. progr. Quod magno conflictu sententia decerni solet, id paucis literis temere descriptis definiri, fas non est.* Atqui talia Rescripta paucis verbis concipiuntur. Sed Responsio in promptu est, illic agi de paucis literis, temere, id est, sine ulla causae cognitione descriptis. II. Eadem responsio competit ad *l. 5. eod.* atque in ipsa continetur; Subscriptio ad libellum data, vocem rei judicatae non obtinet, ait Imp. quia judex partium allegationes audire et examinare debuit; Subscriptiones igitur ad libellos ab una parte prolatas, non quae partibus auditis omnibusque examinatis factae sunt, intelligit. Non obstant igitur hae rationes, quo minus istae pronunciationes pro decisionibus summariis atque sententiis habendae videantur. Temperamentum, quod heic locum habere posset, unde petendum videtur, quod de exceptione rei judicatae postea videbimus: Evenire posse, videlicet, ut si meritum actionis, quam nunc vis instituere, priori judicio non fuerit examinatum, etsi res sit eadem, non obstet tibi tamen exceptio rei judicatae. Atqui hoc multo facilius in ejusmodi Rescriptis, sive dispositionibus ab libellos hinc inde commutatos fieri posse, manifestum est.

9. Praeter has dispositiones ad libellos supplices, dantur adhuc aliae dispositiones et Decreta judicum, quae pronunciata vim rei judicatae habent, sine processu disceptationis contradictoriae; quales sunt condemnationes voluntariae, quando Judex aditur, ut certam ferat sententiam; *Si enim convenerit inter litigatores, quid pronuntietur, non abs re erit, judicem hujusmodi sententiam proferre*, ait Ulpianus in *l. 26. h. t.* Id apud nos fit hoc modo, Advocatus impetrantis affatur Judicem hoc modo: *Domine judex, debentur clienti meo centum*

a Cajo, qui contentus est in eam summam condemnari, et convenit inter nos de termino solutionis intra duos vel tres menses, *Rogamus, ut sententiam in hunc modum ferre velis.* Commissarius ad causas, audito Debitoris consensu ita pronunciat; *Curia post auditam declarationem et acceptationem partium, condemnat Reum in id*, quod dictum est, *sub mora duorum mensium, cum expensis.*

Non multum ab hac Condemnatione voluntaria, discrepat *Declaratio*, qua Constitutum sive promissio debitoris quod intra certum tempus sit soluturus, sub poena paratae executionis sive submissione condemnationis, executioni subjicitur. Quando ad hanc declarationem citatus est, sive compareat sive non, Creditoris Procurator Acta constituti sive promissionis factae judici exhibet, cum relatione citationis, petitque decerni executionem. Quibus visis judex ita pronunciat; *Curia viso Constituto, cum submissione executoria, juxta citationem et relationem subsecutam, declarat Constitutum executioni subjectum, et condemnat Reum in id, quod eo continetur, cum expensis.* Saepe fit, ut ejusmodi Decreta sive sententiae petantur etiam ad exequenda compromissa, liquidationes salariorum, et id genus alia: Sed juris ratio non patitur, ut executio decernatur ad ejusmodi Acta, quibus non continetur submissio ad condemnationem, quemadmodum et saepius in Curia nostra judicatum: Utcumque nonnulli commissarii suo arbitratu officium suum aliis quandoque petitionibus impertiantur. At haec quidem exempli gratia protulisse sufficit. Plura id genus enumerata et exposita, vid. in *part.* 2. *Jurispr. Hod. lib.* 2. *cap.* 31. Quin etiam omnes actus voluntariae jurisdictionis, ut sunt Legitimationes, Adoptiones, Emancipationes, similem rebus judicatis, id est irrevocabilem, habere effectum, non dubitatur.

DE INTERLOCUTIONIS SENTENTIA ETC.

X. Interlocutio quot modis accipiatur. XI. Species Interlocutionum variae. XII. De his, quae fiunt ad articulos officii quos vocant. XIII. Effectus Interlocutionum. XIV. Quae ratio formandi sententias, quando plures sunt judices. XV. Sententias numero praevalere cum temperamento superius dictorum. XVI. Cur paribus sententiis reus absolvatur. XVII. Divisis sententiis Exceptio Rei admittenda, an rejicienda sit. XVIII. De conjunctione plurium sententiarum quam duarum. XIX. De relatione causae pro colligenda Judicum sententia.

10. Pergemus ad Sententias, quae ad plenam causae cognitionem feruntur, et per excellentiam ita dicuntur, quas et ab initio definivimus. Pervenitur autem ad sententiam vel directe, vel praevia Interlocutione, saepe non una. Sumuntur autem Interlocutiones varie: Quandoque pro qualibet inter litigantes pronunciatione; Ita in *l.* 3. *C. de LL. interlocutionibus, quas in uno negotio judicantes protulimus, vel postea proferemus, non in commune praejudicantibus*; ubi opponuntur Edictis generalibus. Secundo pro decretis, causa cognita ad instar sententiae, ante definitivam prolatis. *Rubr. l.* 9. *in fin. et l. ult. C. de sentent. et Interlocut.* Tertio, significant jussionem Magistratus aut Judicis, causa nullo modo cognita, per modum comminationis prolatam. *l.* 4. *C. comminat. epist. program.*

11. Secunda significatio est hujus loci, quando ad Sententiam per et post interlocutiones perveniri dicimus. Talis est, qua Judex litigantes in factis contrarios inveniens, jubet singulos probare quae adfirmant, dilatione legali, vel ab ipso praescripta, qua de re egimus ad *Tit. de probat.* Tales sunt, quibus agitur de Testibus admittendis vel non, de Instrumentis producendis, de cautionibus, de restitutionibus in integrum pendente judicio petendis, denique de Interrogationibus ex officio instituendis; quae species propius ad ultimam sententiam pertinet.

12. Accidit enim quandoque, ut Judices sententiam formaturi, quaedam vero facta vel e partibus intacta probationibus relicta, vel non satis probata sint. Haec ipsi quamlibet conscii, ex sua scientia supplere nequeunt; quippe secundum acta et probata judicare obstricti. *l.* 6. §. 1. *de Off. praes.* Propterea, si res ipsarum partium interrogationibus confici possit, has primo quidem interponet, ut ex *l. pen. de Inter. in jur. fac.* alias monuimus; Si per alios probanda sint facta, Judex per Interlocutionem partibus id injungere debet; quam nostrates ad articulos seu *puncta officii* vocitare solent, qua partibus alioquin ipsis, post conclusionem scilicet in causa factam, praecluditur, sed Judicis officio non obstat conclusio; *Judici nunquam*, ut vulgo ajunt, *in causa concluditur*. Facta interlocutione ejusmodi ex officio, Actor vel cui probatio incumbit, petit adversarium citari, ut primo quidem respondeat; Dein testes et instrumenta justo tempore producat. Ipsi vero litigantes nihil articulis illis interrogatoriis addere

possunt. Sed collectionem quandam sive deductionem juris et facti, e responsionibus adversarii testiumque, vel argumentis instrumentorum rationumve judicibus exhibere possunt.

13. Quamvis autem Interlocutiones hoc sensu a sententiis distinctae sint, nec ideo exinde nascatur Actio vel Exceptio rei judicatae, non est tamen quod irrevocabiles ejusmodi sententiae esse negentur, nec ideo si rursus idem contendatur, exceptio negari posset, ad instar exceptionis rei judicatae; quam nec hodie dubitamus hoc ipso nomine designare; quia nunc ita obtinet, ut ab initio, diximus, quod Sententiae distinguantur in Interlocutorias et Definitivas: quod nec ab usu juris valde remotum esse, probatur ex eo, quod de variis Interlocutionis significationibus, modo praemisimus ex *l. ult. in pr. C. de sent. et interlocut.*

DE FORMANDA SENTENTIA.

14. (c) Porro circa solemnem Sententiam considerari potest ejus conformatio, Judicis officium, potestas, dictum, pronuntiatio, et effectus. In conformatione videndus primo Judex, de quo diximus ad *tit. de Judic. part. praec. p.* 215. *et seqq.* Sed in conformatione sententiae non nihil habet momenti numerus. Longe enim expeditior est sententias ferendi ratio, quando unus, ut fere apud Romanos eveniebat, quam plures extant judices. Ubi dixerimus, quid singulare sit in pluribus, dein simplicius, quid in uno judice spectandum sit, videbimus. Primum de pluribus dictum Celsi occurrit, *Duo ex tribus judicibus, uno absente judicare non possunt*, inquit in *l.* 39. *h. t.* addita ratione, *quia omnes judicare jussi sunt* De judicibus igitur Pedaneis loquitur, qui a Praetore dabantur, non de Collegio judicum, qui habent singuli jurisdictionem. Ex eodem tamen Celso, cum idem de Arbitris, quod de judicibus, relatum esset, haec ratio subjicitur, *quia potuit praesentia absentis reliquos in consensum trahere*, *l.* 17. *§. ult. de Recept. qui arbitr.* quod de Collegiis aeque dici potest. Neque tamen est dubium, quin secus in his obtineat. *l.* 3. *et sequ. Quod cujusque univers. nom.* Idque seculo nostro juris indubitati habetur. Etenim si omnium praesentia judicum esset necessaria, tarditas in rebus agendis inde resultaret insuperabilis. Nec est hoc unius Curiae singulare; sed quotidie accidit, ut non modo propter iter et morbum, sed etiam ob cognationem adfinitatem, ac id quod interest, plures judices abesse cogantur, nec ambigitur, quin reliqui jus Collegii retineant, valideque rem judicatam faciant, etsi major quoque pars fortuitis vel necessariis de causis abfuerit, quemadmodum in nostra Curia accidit in causa *Jacobi Hillebrants J. U. Dris, contra Gerardum Zachaeum Consulem, etc. anno* 1740. in qua ex duodecim domini octo excusabantur; Caeteri tamen quatuor soli jus dixerunt, Dni *Andrè*, *Niis Kinnema*, et *Nauta*, qui retulit; et memini, cum tres tantum superfuere. Contigit etiam, ut major pars Curiae mortibus exinanita fuerit, atque ex his aliqui subinde abessent, jurisdictio tamen Curiae nunquam cessavit.

15. (d) In eo minus est difficultatis, inter praesentes et dissentientes praevalere plurium sententiam, *l.* 36. *h.* sufficit enim in judicibus, etiam datis, omnes judicasse, licet discrepaverint, ut idem Celsus tradit in *d. l.* Quod si a pari judicum numero dissonae proferantur sententiae, quid juris sit, ambigitur. Modestinus respondit, utramque sententiam in pendenti esse, donec competens judex unam earum confirmaverit. *l.* 28 *h. t.* Is autem in confirmando sequitur, in causis quidem liberalibus favorem libertatis. *l.* 38. *h. t.* In Querela inofficiosi favorem ultimae voluntatis; nisi tamen aperte liqueat, iniquam pro scripto haerede sententiam esse latam. *l.* 10. *in pr. de Inoffic. test.* In caeteris vero causis pro Reo pronunciandum est, eoque forsitan, quod de inofficioso testamento dictum est, referri potest. Nam exhaeredatus agit, scriptus haeres est reus. Aliqui magis est, ut et exhaeredatio sit odiosa, quemadmodum in loco vidimus, *P.* 2. *pag.* 265. *n.* 21. Plerumque aliter distinguunt; legem 28. de judicibus pedaneis, *l.* 38. de judicibus suam jurisdictionem habentibus intelligi. D. Wissenbach. *h. t. th.* 4. Verum in *l.* 38. de judicibus etiam datis agi, probant sequentia, et quod plerumque de judicibus dicta simpliciter, de pedaneis sive datis intelliguntur. Hoc etiam addendum superioribus, etsi quorundam absentia non impediat, quominus praesentes officio suo fungantur, si tamen tot suffragia non consentiant, quin adhuc absentes eam mutare possint, expectandum esse, dum et reliqui sententias suas dixerint; quo forte non immerito argum. *d. l.* 39. *h. t.* et *l.* 17. *§. ult. de Recept. qui arb* referri potest. Quarum ratio quoque fortius in causis criminalibus, aliisque majoris momenti, valet hodieque, ut omnium judicum sententiae necessario requirantur, quia fieri posset, ut reliqui tam valide suas rationes adstruerent, uti caeteri suas opiniones illis adjungerent, quo

(c) *Pos.* 5. (d) *Pos.* 13.

spectat, *d. l.* 17. §. *ult.* Atque ita distinguendum videmus inter eos, qui ut suspecti, et qui fortuito absunt. Priorum absentia non minuit reliquorum auctoritatem; etsi jure civili Surrogatio fieri soleat, *l.* 16. *et ult. C. Judic.* quae hodie in perpetuis collegiis rarius frequentatur. Sed fortuitae absentiae paulo aliam, sicut diximus, habent rationem.

16. Quae autem est ratio, quod in dubio et in pari sententiarum numero Reus praefertur? Est ea non tantum, quod Reus est favorabilior quam Actor, *l.* 125. *de R. J.* Sed haec inprimis, quod status negotii mutari nequeat, nihilque novi fieri possit, si in neutram partem causa mutandi praevaleat: ideoque si judices, quorum est haec potestas, votis sint pares, actor vincere non potest, quia victoria non nisi a viribus superiore proficisci potest: Et quia publici juris ratio non fert, ut lites sine exitu pendeant, Rei absolutio fit necessaria. Hinc intelligi potest, quid facto sit opus, si petatur alienatio bonorum minoris, aut Ecclesiae, si venia aetatis, similiaque rogentur, in quibus non est Actor et reus; paribus sententiis venia negatur, quia concessio veniae aut alienationis, est aliquid novi, quod sine praerogativa suffragiorum produci non potest. Ac ita Curia nostra servat, nominatim in causa Nobilis matronae Helenae a B. viduae de H. *d.* 31. *Januar.* 1680.

17. Momentum utriusque rationis, quae est de Rei favore, et novatione non facienda sine potiore numero, concurrit in hoc quaesito frequentissimo; Reus citatus proponit exceptionem v. g. fori declinatoriam; Paribus suffragiis rejicitur, atque admittitur. Quaeritur, rejectio, an admissio praevalere debeat. Aliquoties ea de re in Curia disceptatum, tandemque receptum est, Rejectionem esse praeferendam, hac ratione, quod Excipiens ea parte sit actor, juxta regulam, quod Reus in exceptionibus actor sit. *l.* 1. *de Exception.* Ita placuit *d. XI. Februarii*, et rursus *d.* 17. *Sept.* 1680. Non deerant tamen, qui pro admissione starent, hac ratione; Quod rejectio exceptionis declinatoriae, ferat aliquid novi, per quam Excipiens ex foro competente traditur in aliud, cui prima saltem instantia non est subjectus. At illud novum effici non potest, nisi per potentiorem novandi causam, quae nulla est in pari judicum numero. Idem est in Exceptionibus reliquis. Excipiens enim vult rem in *statu quo*, ut loquuntur, retinere, cujus mutatio res nova est, egens potentia vincendi, qua par numerus caret. Argumentum contrariae opinionis ex *lege* 1. *de Exception.* respicit ad probationes, quae ab adfirmante proficisci debent, etiam ab Reo scilicet, quando is adfirmat: Sed in aliis rebus non amittit favorem legis: Manet reus, et admissio exceptionis pertinet ad liberandum eum; in quam partem oportet esse proniores, quam ad condemnandum. *l.* 47. *de V. O. et A.*

18. Plane igitur in mitiorem sententiam paribus sententiis est inclinandum. Neque res admodum est dubia, si duae sint contrariae judicum sententiae. Verum si tres, aut plures collidantur opiniones, saepe fit, ut quae quibus jungendae sint, ambigatur. Nota est Plinii disputatio in *l.* 8. *ep.* 14. Plerique fundamentum ponunt in rebus sive materia judiciorum. Distinguunt inter sententias, quae totis rebus differunt, et inter eas, quarum una partem alterius continet. Hinc negant, relegantes vel fustigantes conjungendos cum absolventibus. D. Wissenbach. *h. t. th.* 4. ex Grotio 2. *de J. B. et P. cap.* 5. *n.* 18. *et seqq.* Nec abludit Cujacius 12. *obs. c.* 16. qui exinde ponit hanc speciem; Tres judices; capite puniunt, duo pecunia; duo exilio. Vult. graviorem sententiam, quae capite punit, cum potior sit numero duabus singulis esse praeferendam, *quia diversarum sententiarum coitio*, inquit, *non est adversus eam, in qua sunt plures idem sentientes.* Videndum est, ne non convenientius sit, ex praesumpta voluntate opinantium magis quam ex natura vel proprietate materiae subjectae, hujus rei petere decisionem. Sic praeeunt Julianus et Ulpianus; Ex tribus, ajunt arbitris unus in quindecim, alius decem, tertius in quinque condemnat, quaeritur qua sententia stetur, et scribunt quinque debere praestari; quia in hanc summam OMNES CONSENSERUNT. *l.* 27. §. 3. *de Recept. qui arbitr. recep.* Putem igitur in exemplo Cujaciano, duos, qui in pecuniam condemnant esse conjungendos cum relegantibus; quia sine dubio malunt relegari quam capite puniri eum, quem pecunia duntaxat mulctant. Idem erit in hoc, quod Cujacius etiam contra ponit; Si tres capitis damnent, unus deportet, unus releget, unus fustibus, ultimus pecunia plectat; Tres posteriores cum deportante conjungendi videntur, ut sic quatuor adversus interficientes praevaleant, quoniam hoc malle videntur. Sic apud nostram Curiam servatum vidi. Sex Domini e duodecim volebant reum fustigari et stigmate inuri, quinque fustigari tantum, unus eum torqueri volebat. Hic cum fustigantibus est conjunctus, ac ita sex mitiores praevaluere sex severioribus, *ante ferias Pentec.* 1680. Quin etiam absolventes ex eadem praesumpta voluntate judicum cum mitiore poena conjungentur, quod illi valde negant. Exemplum fuit hujusmodi: Sex domini reum ad virgas damnabant, tres in opus publicum, tres absolvebant. Senatus Curiae conjunxit trinos posteriores et mitiores, contra sex graviores, quia non poterat dubitari, quin absolventes mallent eum mitius, quam severius puniri; Sed in eadem causa placuerat primo, ut ex trinis mitioribus

praevalerent lenissimae, et conclusum erat in absolutionem. At hoc merito retractatum est, absolventesque conjuncti sunt cum relegantibus in opus publicum. Nam hi non poterant dici, quod vellent absolvi; absolventes omnino malebant, ut minor poena quam gravior locum haberet. Mitiores igitur cum mediis conjungendi; quam Alciati esse sententiam, testatur, at non probat Cujacius *d. loco*. Proinde lata est sententia ad opus publicum temporar. *ante easdem ferias an.* 1680. *Rea Elle Peeters.* (1)

19. Sed notum est, causas in Judiciis aut viva voce patronorum, vel scripto disceptari, qua de re, ac utra methodus praestet, egimus *ad tit. de Postul. Rubr. de Advocatis.* Illa diversitas in sententiis ferendis hunc habet effectum, ut quibus in locis omnia, vel pleraque majoris momenti scripto peraguntur, cum Judices ibi non audierint causam, scripta partium legenda sint, quod fieri debet ab omnibus, vel ab uno, qui referat ad caeteros. Prior modus est molestior, sed tutior; alter expeditior, sed artis majoris, et suspectior. In locis, ubi multitudo causarum et moles scriptorum id fieri permittit, satius est, omnia simul aut seorsim ab omnibus legi: quod fit in nostro foro: simul ab omnibus in causis gravioribus; seorsim a singulis in levioribus. Audita lectave causa, judices suffragantur; quod fit vel colloquendo deliberativo, conferendoque rationes, ac ita concludendo: vel determinatis ex continenti singulorum sententiis. Prior modus facit ut pleraeque sententiae unanimiter ferantur. Posterior ad discrepantias quidem est facilior, sed facit, ut singuli exactius ferant judicium, meliusque rebus attendant: denique, prior iste modus facit, ut jurisdictio fere sit in manu seniorum et peritiorum. Ideo posterior modus in nostra Curia more majorum receptus est, ac ita quidem ut novissimus Senatorum primus sententiam rogetur. Cujus rei haec videtur esse ratio: ne juniores antecessorum sententias incuria vel reverentia sequi discant, ac ut ipsi vires ingenii atque judicii, inde mox ab initio acuant, atque experiantur.

POTESTAS ET OFFICIUM JUDICIS.

XX. Officium Judicis respectu Legis et aequitatis. XXI Quid si conflictus sit inter legem, et jus divinum, ubi sententia Sandii ex M. S. posse Judicem sequi jus divinum prae Statutis XXII. Improbatur sub temperamento. XXIII. Quatenus judex leges a Jure divino discrepantes sequi possit. XXIV. Jus suppleri a Judice posse, non facta. XXV. An Princeps ex sua solius conscientia judicare possit. XXVI. Non dari casus pro amico.

20. Quae *superius* dicta sunt, ad plures numero judices habent relationem: pauca de Judicis officio, seu plures sive singulae sint personae, supersunt. In summa diximus *ad tit. Inst. de Offic. n.* 2. Judicis officium esse, ita judicare quemadmodum Legibus et moribus est proditum, *pr. I. d. t. l.* 13. *C. de sent. et interlocut.* adhibita scilicet aequitatis arte, secundum ea, quae dicta sunt *P. 2. ad tit. de Justit. n.* 11. *et seqq.* videlicet, si verba legis pugnare videantur cum verosimili mente legislatoris, ut tum mentem potius quam verba sequatur. *l.* 8. *C. de Jud.* Quod si mentis et verborum nulla pugna liqueat, Lex tamen sit dura et iniqua, Judicis officii non est aliter statuere quam Lex ferat, *l.* 12. §. 1. *in fin. Qui et a quib. manumiss. lib.* cum id solius sit Principis. *l.* 1. *C. de LL.* Quid si tamen Lex sit contra Jus Divinum, vel recedens a jure divino, possitne Judex a Lege sive statuto recedere, et sequi jus divinum forense, quaestionis est. Plane, si contingat, legem esse latam sive Statutum, (Liberi tamen populi) quod vere pugnet cum jure divino cordibus insculpto vel nobis tradito, velut si puniantur res honestae, vel turpia sanciantur, non esse recedendum a praecepto Principis Apostolorum, Deo magis obediendum esse quam hominibus, statuendum. Sed quomodo. an judicare potest aliter quam Leges ferunt? Non potest, non enim est summae potestatis, *d. l.* 1. *C. de LL.* verum, si re ad Principem relata, nihil expediat, magis est, ut judicandi officio abstinendum videatur.

21. Quid ergo, si Lex divina super eodem facto aliud statuat, an non hoc potius quam Statutum sequi potest? Ita sensit olim vir graviss. Jo. a Sande in *not. ad lib.* 3. *statut. Fris. tit.* 11. *art.* 3. ubi poena adulterii pecuniaria. Verba ex ejus MS. excerpta haec sunt: *Quaeri hic potest, utrum poena haec Statutaria,* (olim sc. 50. nunc 200. florenorum) *sublata sit poena, jure divino et jure communi* in adulteros

(1) *In casu* l. 27. §. 3. de recep. qui arbitr. recept. *si ab omni jure positivo abstrahamus, diceram reum in decem asses condemnandum, major enim pars in decem condemnat. Videsis Henric. de Cocceii* dissertationem de eo quod justum est circa numerum suffragiorum, *quae inserta fuit commentario ad Grotium* lib. 2. cap. 5. §. 19. *ubi duas regulas proponit, ex quibus omnes quaestiones huc pertinentes facile resolvi possunt.*

constituta. Sane, *quamvis regulariter per poenam statutariam abrogata censeatur poena Juris communis*, Jul. Clar. §. *fin. Quaest.* 85. Faehinac. *lib.* 9. *controv. c.* 1. *praesenti tamen casu secus dicendum videtur. Nam quando poena juris communis etiam jure divino prodita est, tunc eam Statuto sublatam non esse, verius est; cum inferiores supremi illius Dei Legem tollere nequeant.* Panorm. *in cap. In dioces.* 15. *in fin. X. de Usur* Bald. *consil.* 76. *incip forma statuti, in fin. lib.* 2. Ludov. Rom. *cons.* 12. *incip. viso facto proposito. n.* 2. Quamobrem utism, non obstante hac poena statutaria, Judex nihilominus poenam Juris divini dictare potest, ut est elegans in terminis Decisio Johannis Fabri. §. *item Lex Julia. n.* 3. *de publ. Judic.* Potest dici, quod poena Lege divina statuta, non tollitur neque mutatur per constitutionem hominum, sed alia additur, quae non tollit aliam, ut inde videtur, quod Judex etiam posset adulteros punire ad mortem, quamvis de jure vel consuetudine alia poena sit Haec Faber. *Praterea quando delictum, poena Statuti non sufficienter punitur, non censetur abrogata poena juris communis, quia verosimile non est, id re et judicio tacito facere voluisse*, quod verbis expressis facere nefas duxissent. Et hanc sententiam confirmat Aymon. Cravetta in *tract. de Antiqu. temp. part.* 4. § 2. *n.* 6. ubi ait; Sibi aliquando in quaestione Falsi allegatum fuisse quoddam ejus loci Statutum, quo Falsum 20. solidis Turonensibus coerceretur, seque tum monitum, ut juramenti sui, quo se Statuta observaturum promisisset, recordaretur: verum se non obstante Statuto illo, poenam Juris communis dictasse, respondetque ibi ad objectionem illam, juramentum de Statutis servandis a se praestitum, restringi oportere ad statuta valida et justa, non autem ad invalida et iniqua, utpote quae delinquendi occasionem praebeant. Adde Menochium *lib.* 5. *praesump. ult. num.* 23. et *seqq.* ut Jacobum Schultes. *in addition. ad Modestin. Pistoris part.* 2. *Quest.* 58. *num.* 85. *et seqq.* Hactenus Sandius sua manu, ut mihi adfirmavit ejus optime gnarus Vir genere et virtute Nobiliss. Hero ab OCKINGA, Senator olim supremae Curiae, Academiae Curator, et dein Quaestor Frisiae Generalis, qui Statutorum Frisiae, meou Sandii Illustratorum, mihi copiam aliquando fecerat.

22. In hac disputatione duae sunt positiones summae, Una, quod poena Legis divinae per diversam Statuti poenam non sublata, verum alia super aliam addita sit. Altera, quod judex iniqua Statuta, rebus judicatis exsequi et confirmare non teneatur. Ego primam positionem veram esse non puto. Nam poena qualibet Lege constituta, delicti aestimatio est nec est aequum, multo minus Legislatoris menti conveniens, ut unum idemque delictum variis aestimationibus coerceatur, ut docet Papinianus in *l.* 41. *de Paen.* Quando igitur Statutum, (intelligimus Legem civitatis liberae) diversam a Lege Divina poenam constituit, non potest ejus animi esse, ut Legem supra Legem cumulet; sed aliam delicti facit aestimationem, quod pro diverso cujusque Reipubl. statu fieri posse, docet idem Sandius *lib.* 5. *Decis tit.* 9. *def.* 9. quae mihi cum his allegatis parum convenire videntur. Secunda positio; judicem ad iniqua Statuta servanda non teneri, concedi potest, eo sensu quo diximus, eum non teneri judicatis exequi manifestas iniquitates; sed nec id concedendum Judici, ut conscientiae praetextu secundum leges cerebri sui, vel diversae Reipubl. (quales etiam sunt Mosaicae, quas Deus non tulit hoc animo, ut omnes populi illis parerent) spretis patriae Legibus, etsi duris et iniquis, jus dicat. Quominus idem judicandi officio se abstineat, impediri non potest, neque debet.

23. An vero salva conscientia potest Judex sequi dictatum Legis iniquae, et an necesse erit, ut tali casu judicando abstineat? Si lex toto genere sit iniqua, si honestatem pietatemque puniat, et contraria sanciat, omnino abstinendum. Si modum inclementiae vel severitatis excedat in puniendis delictis, remissiorem quidem poenam tuto infligere posse videtur, quia quatenus punit, recte agit, quod durius non punit id non est in ipsius manu. Quando vero Lex severitatis excessu tantopere peccat, ut salva conscientia, etsi factum sit turpe, judex eam poenam exercere nequeat, haud facile dictu est, quid faciendum; nisi quod antea diximus, ut judicando abstineat, quod et de tormentis examinandi causa solitis adhiberi, pro iis, qui haec improbant, tenendum videtur.

24. Hactenus de Jure, quo plura spectantia vide apud Ant. Matthaeum *disp. XI. de Judic. a pr.* Quibus et hoc adde; quod Judicis officio consentaneum sit, rationes Jure, quas partes earumque Advocati minus aliquando suggerunt, in examinanda causa formandaque sententia supplere, quas de re est *l. un. C. Ut quae desunt Advocatis part. Jud. suppl.* ubi: *quod sciat Legidus, ut juri publico convenire.* De factis idem Judici nequaquam licet, verum in his acta probata sequi, nec ullo modo excedere debet, *l.* 6. §. 1. *de off. praes. l.* 3. *de Testib.* non modo quae a partibus omnino sunt omissa, solique cognita judici, verum nec ea, quae certo aliter ipsi constant, qua de re diximus ad *tit. I. de off. Jud. n.* 2. 3. ubi excepimus nos, qui ἀνυπευθύνως judicant, hoc est ita, ut judicati rationem reddere non cogantur, et quorum sententiae retractari nequeant.

25. Qua parte dissentire videtur A. Matthaei *in disp. de Judic. th.* 13. Vult. consilium, quod Azo dedit Praesidi Boneniae, qui eaedem admitti sine teste viderat, ut deposita judicis persona fungeretur officio testis, in ipso Principe servari. *Quid enim absurdi*, inquit, *vel ipsum Principem testis officio fungi?* Nihil in eo quidem absurdi, rectissimeque Principem summum ita instituentem, esse facturum existimo. Sed quaeritur de potestate, quid facere possit de jure, non quid facere debeat ex Lege prudentiae. De jure, distinguendum, sit ne Princeps, cui summa potestas simpliciter est delata, cuique nulli legibus praejudicatur; an vero sit talis Reip moderator, in qua Leges non permittunt aliter, quam ex ordine Legibus praescripto aliquem damnari. Priore casu Principem, cui de facto plane liquidoque constat, sine testibus sententiam ferre posse, credidi, nec aliter sentio: Posteriore casu in sententiam *D. Matthaei* concedendum puto.

26. Potestas Judicis legibus et conscientiae religione circumscripta, nullo modo est arbitraria: ne quidem casibus ambiguis, quos casus *pro amico* vulgus appellat. Debet hoc serio agere, ut animi judicium trutinatis exacte rationibus, Deo quoque, ut est rei momentum, ardenter invocato, in alterutram partem inducat, atque ita rectissime Decius *cons.* 176. *n.* 6. *incip. viso themate.* judicem in casu valde dubio sequi posse opinionem, quam ei conscientia dictat, voluit. Quod si dubitationem superare nequeat, aut medietas facienda, secundum id quod diximus *in fin. tit. de Reb. dub.* aut pro reo pronunciandum. *arg. l.* 125. *de R. J. l.* 47. *de O. et A.* Recte etiam Princeps consulitur. *l.* 1. *l* 9. *et l. ult. C. de LL l.* 11. *l.* 13. *et l.* 18. *ff. eod.* A. Matth. *disp. XI. de Judic. th.* 8.

DICTUM SENTENTIAE.

XXVII. Dictum sententiae qua lingua concipiendum. XXVIII. Pars ejus prima; In quos dictum sit concipiendum et quo modo Procuratores juxta dominos recenseantur. XXIX. Partis II. Dicti Sententiae articulus primus, continens praefationem judicis. XXX. Articulus II. et praecipuus, absolvens aut condemnans. XXXI. Materia sententiae principalis. XXXII. An valeat sententia, si quaedam omissa fuerunt. XXXIII. De certitudine condemnationis. XXXIV. An conditio adjici possit sententiae. XXXV. Nihil in sententiam posse conferri, quod in petitione non fuerit. XXXVI. Aliquando ex conclusione Rei sententiam ferri. XXXVII. An si omissa sit fructuum et impensarum condemnatio, nova de illis actio detur.

27. Postquam judices officio suo diligenter functi, quo pacto sententia ferenda sit, constituerunt, DICTUM ejus formare debent, quod lingua Latina concipiendum esse, docet *lex* 48. *h. t.* quamvis et Graece permittat *Lex* 12. *de sent. et interlocut.* Et exemplum sententiae Graecae, est in *l.* 9. §. 8. *de Paen.* Nec dubium quin praesides, cujusque gentis, cui praefuere, lingua, sententias proferre potuerint, juxta Latinam, quemadmodum Pontius Pilatus Hebraice elogium cruci Servatoris nostri adfixit. Hodie non est quod ea de re laboretur, nec dubium, quin Lingua communi ferenda sit sententia; Communi, inquam, non cujusque nationis dialecto speciali; Nec enim in agris Frisiae, ubi utimur Lingua Frisonica antiqui Germanismi, has feremus sententiam, sed Belgica. Quod et in Gallis, ubi Vasconica aliaque provinciales dialecti non minus deflectunt, servabitur.

28. Porro Dictum Sententiae constat duabus partibus; Una, quae nomina qualitatesque partium; altera, quae judicatum continet. Nominari debent, in quos sententia fertur, et hi sunt, quibuscum Litis Contestatio facta est, *l.* 1. *C. de sent. et interloc.* ubi reprehenditur sententia Praesidis, qui cum cognovisset inter petitorem et procuratorem, ipsum dominum Litis condemnaverat; etsi persona ejus in judicio non fuisset, Quae dicitur esse nullitas *ibi*, ut causa de integro sit cognoscenda. Quod eo pertinet, quia Procurator litem contestando fit dominus Litis. Atqui in nostris Foris semper in sententiis mentio fit primo loco Procuratorum, et secundum eos dominorum. Litis: Etsi litis contestatio inter dominos litis solos perpetrata fuerit ac ita soleat fieri. Sed in memoriam revocanda, quae ad titulum de *Procuratoribus* demonstrata sunt; quando in Legibus sermo sit de procuratoribus, non intelligi procuratores publice admissos, quales nostri, et quales tum temporis nulli erant; sed mandatarios, qui amicitiae causa lites aliorum urgebant. De talibus hodieque verum sit, quod habetur in *d. l.* 1. si absentis amici mei rogatu causam ejus judicio persecutus fuero, et Procuratorem publicum ad eam rem adhibuerim, (ut in nostris Foris solet ac debet) qui meo nomine tanquam mandatarii, litem contestatus sit; et tamen Judex in dominum causae ferat sententiam, non valiturum esse judicatum. Sed Procuratores nostri, ut ministri dumtaxat adhibentur,

eoque respectu in sententiis commemorantur, additis immediate ipsorum dominorum nominibus, quorum nomine litis contestatio facta. Et hoc mihi novum est argumentum, quo probo, falli eos, qui exinde quod Procuratores publici in sententiis primo loco memorantur, quasi hi quoque sint domini litium, putant. Nam quorum nomine litis contestatio facta est, in hos quoque tanquam dominos Litium, fertur sententia. Sed dominorum, non procuratorum nomine facta est litis contestatio: In hos igitur neque sententia fertur, etsi primum occupent locum, neque domini litium fiunt, aut fuisse creduntur: sed ipsi, ad quos ea res pertinet; Ita nempe, ut mandatarii, quos dicimus extrajudiciales, qui Procuratores et ipsi alios judiciales constituunt, pro veris litium Dominis habeantur. Caeterum, qualitates litigantium ex ipsorum scripturis, scilicet Actoris e Libello, Rei ex ipsius Responsione, non ex eo, quod Actor in libello ipsi adscribit, petendas esse, ratio et usus volunt.

29. Pars secunda Dicti bimembris esse consuevit. Prima mentionem Judicis summaeque potestatis, a qua judex habet auctoritatem, et τὸ ἦθος prae se fert. Τὸ ἦθος judicis intelligimus in eo, quod praefatur, se deliberato consilio ferre sententiam, considerasse quidquid in ea causa aestimari debuerit. Auctoritas consistit in laudando Principe, vel eo qui jus Principis habet, declarandoque, ipsius nomine ferri sententiam. Antiquitus enim Reges ipsos jus dixisse, eaque gratia primum esse constitututos, satis constat. Cicero: *Fruendoe justitiae causa, reperies olim bene moratus Reges constitutos. lib. 2. de offic. c. 4.* Hesiod. Theog. v. 88.

Τοὔνεκα γὰρ βασιλῆες ἐχέφρονες, οὕνεκα λαοῖς
· Βλαπτομένοις ἀγορῆφι μετάτροπα ἔργα τελεῦσι.
Hac una Reges sapientes Lege creantur:
Dicere jus populis, injustaque tollere facta.

Saltem ut summa ad eos provocatio esset: qua gratia Carolus Magnus in quaque hebdomade unam diem civibus adsignaverat, eaque de re extat ejus *Constitutio*. Postea Reges solum jus publicum sibi suisque Consistoriis servarunt, res judicandas Curiis judicum inferioribus et supremis delegarunt. Porro in nostris Tribunalibus recepta est haec formula: *Nomine Domini provinciae Frisicae. Uit den name ende van weegen de Heerlykheyt der Landischappe van Frieslandt.* Fere ut olim in Hollandia: *Uit name van de Hooge Overigheyt ende Graeflykheyt Hollandt* etc. Nostra memoria, cum Proceres ibi ie animum induxissent, civibus omni modo inculcare, quos penes summa potestas Reipubl. esset, eaque verba minus clare id indicare viderentur, exiit Decretum, quo jussi sunt ferre sententias Judices, tam inferiores quam superiores *uit Name ende van weegen de Staaten van Hollandt, etc.* Et merito. Cum enim summa potestas sit Facultas personalis, et priora verba Majestatem quandam Realem prae se ferrent, danda fuit opera, ut personae summa potestate praeditae demonstrarentur. Apud nos illa mutatio non obtinuit. nec scio, an tam facile reciperetur: quatenus Curia Suprema justitiam heic alio jure, quam forsitan alibi, stabilitam interpretatur, ut patuit ex libro, hac de re nomine Curiae edito *anno* 1662.

30. Sequitur ultima et praecipua pars, Caput sententiae, Condemnatio vel Absolutio. Sciendum autem, sententias bifariam concipi: Uno modo, cum tota causae narratio, factique et juris merita recensentur, iisque absolutio vel condemnatio subjicitur; Altero, cum dictum Sententiae, de quo nunc egimus, ad absolvendum vel condemnandum breviter collocatur. In his autem brevibus dictis, non incommode quaedam declaratio causae, fundamentum condemnationis exhibens, praemitti solet: Nam in absolutione cum nihil novi disponatur, brevioribus esse licet. Declarationis ejusmodi brevis exempla passim habemus, ut in *l. 17. C. Ex quib. caus. infom.* Ἐσυκοφάντησας, *Calumniatus es.* Προπετῶς μὴ ὄμνυε, *Ne temere jurato l. 13. in fin de Jurejur.* cui poena scilicet addebatur. Ita ad Haereditatis petitionem Actor primo declaratur haeres; tum, ut haereditas restituatur, condemnatio. In Rei vindicatione, primo Res propria declaratur, dein condemnatio ad restituendum. In hypothecaria, res hypothecae obnoxia declaratur, et consequenter restitui jubetur. In personalibus judiciis idem quidem instituitur, non tamen semper; ut primo quis declaretur alteri debere centum, et dein condemnetur ad solvendum. Inseritur hoc quidem sententiis quandoque. Actor ita formavit conclusionem; sed magis supervacue, quam ubi ex jure in re constituto agitur, quod prius expedit stabiliri, quam praestatio inde resultans exprimatur et injungatur. Sed quia condemnatio vel absolutio in personam dirigitur, nihil opus est, jus in personam competens ingeminari; nec tamen inepte adjicitur. Ita factum *in l. 75. de Jud.* Judex *pronunciavit absentem debere*, sine dubio ex speciali causa, cum condemnatione ad solvendum, etsi hoc, ut per se notum, omisit Julianus: Nisi quis putet, in superioribus exemplis sententiarum, Ἐσυκοφάντησας, Προπετῶς μὴ ὄμνυε, non fuisse condemnationem certae poenae adjectam. Idem de pronunciatione, *quod servus in causa redhibitionis fuerit*, adserendum puto, in *l. 58. in pr. de Ædil. Ed.* Quod si tamen non subjecerit verbis expressis condemnationem, sed aliud nihil dixerit; quam, *Titius Cajo fecit injuriam; Cajus Titium calumniatus est*, numquid ex tali pronunciatione dabitur actio judicati? Videtur esse danda, si ipso jure determinatum

sit, quid exinde sequatur, ut nulle opus sit collectione ad condemnationem eliciendam, ut in *l.* 1. § 4. *ad SC. Turpil.* Si vero non sit determinata, cen id ultro inde sequatur, non potest fieri ut inde detur actio. Sed non credo id unquam usu venturum, et, si contingat, difficulter ad condemnationem ejusmodi sententiam valituram, ad absolutionem facilius. Plane, verbis *absolvondi*, *condemnandi*. non praeciso utendum; sufficere, si Judex aequipollentibus utatur, facile conceditur. A. Matth. *d. disp. de Judic. th.* 51.

31. Haec ad formam condemnationis spectant. Materia distingui potest in principalem et accessoriam. Principalis circa rem in judicium deductam vertitur. Accessoria circa Fructus, Usuras, Expensas, et id genus alia. Quod ad utramque, cavere debet judex, ne de alia re judicet, quam quae in judicium deducta fuit. *l. ut fundus.* 18. *do Comm. divid.* Quid veniat in judicium, ex intentione non rei, sed actoris aestimabit. *l. solemus* 61. *do Judic.* Intentio actoris si ambigua fuerit, id capiet, quod utilius est petitori. *l.* 66. *eod. tit.* Quod autem post litem contestatam accidit, hoc non potest videri in judicium venisse, licot deinde fuerit allegatum, sed novae instantiae reservandum est. *l.* 23. *d. tit. de Judic.* Multo minus, si reus alias res, licet cohaerentes objecerit, harum in sententia ratio haberi potest; per *d. l.* 61. *et l.* 23. Exemplum: Conveniebat aliquis Tertium judicio communi dividundo, de quinque distinctis agris communibus. Titius respondebat, non quinque, verum sex agros esse communes, nolle se nisi omnes dividere, et offerebat divisionem sex agrorum, quinque recusabat. Consultus a Judicibus, an reus sub hac oblatione non esset absolvendus, respondi, quinque tantum agros in judicium esse deductos, nec reum augere posse per modum responsionis intentionem, debuisse illum sextum addere per reconventionem. Qua omissa, videri condemnandum ad divisionem agrorum ab actore in judicium deductorum, salvo jure agendi de sexto per novam instantiam. *ante ferias Caniculares* 1689.

32. Caeterum, de praestationibus ad res in judicium deductas pertinentibus, aeque respectu rei quam actoris esse judicandum, nulla dubitatio est. Adeo, ut si in unius persona damnatio sit omissa, nec in alterius persona valeat, *l.* 27. *D. Fam. ercis.* addita ratione, *quia non potest ex uno judicio res judicata in partem valere, in partem non valere.* Unde recte Dd. observant, de tota re in judicium deducta judicandum esse, de parte si judicatum sit, nullius momenti esse sententiam, quod et Cujacius inde colligit. *lib.* 23. *obs.* 1. A. Matth. *d. disp. XI. th* 56. Quod est verum, quatenus una res in judicium est deducta. *Quod si multa sint in lite capita, potest Judex super quibusdam eorum sententiam ferre definitivam, tuncque iterum de aliis quaerere, et sententiam proferre, quae ipsi videatur, neque compellatur unam sententiam de omnibus capitibus simul dicere*, sunt verba Constitutionis Justinianeae in *l. pen. C. de Sentent. et interlocut.* quae non extat in veteri editione Codicis, sed ex Basilicis suppleta est. Plane, si in judicio causa conventionis et reconventionis agatur, vel diversis instantiis plures causae in unum judicium redigantur, posse Judicem super una ferre sententiam, et alteram vel probationi, vel novo judicio delegare, probavimus *ad tit. do Judic. n.* 26. *in fin.* et *ad tit. de quibus reb ad eund. jud. eat. n.* 9. Quod si in una instantia plures sint res et capita, Judicis officium est de omnibus jus dicere. At si omiserit aliquid, non est ipso jure nulla sententia; sed actio de omissis superest, ut de compensatione, cujus judex rationem non habuit, docet Ulpianus in *l.* 7. §. 1. *do Compensat.* Quod si pleraque capite judicii generalia decisa, quaedam rejecta vel improbata sint, actio et exceptio rei judicatae inde nascitur. *d. l.* 7. §. 1. Videntur autem rejecta, non modo quae nominatim improbata, sed etiam quae generali clausula repulsa sunt, hujusmodi; *de caeteris in petitionem deductis Actore repulso*; ut nostrates efferunt, *Verklarende den Impt. tot syn vordere genomen Eyschende Conclusie niet ontfangbaer.* Nam per hanc clausulam de capitibus omissis nascitur exceptio rei judicatae.

33. (o) Verum etsi de re tota judicaverit, oportet tamen et certam quantitatem Judex sententiam sua complectatur. Alioqui sententia inutilis est, ut si hoc modo pronunciaverit, *Quae bona accepisti, solve.* Vel, *omnem debiti quantitatem cum usuris competentibus solve. l. pen. et ult. C. de Sent. quae sine cert. quant.* Aliter, *id quod actoris interest solve*, hoc enim incertum est. *l. un. Cod. de sent. quae pro eo quod inter. prof.* Hoc ultimum ita unde collocatum in *posit.* 6. dedit occasionem Thomasio subjiciendi hoc.

Scholium.

Non putem, judicis sententiam, qua reum in id quod actoris interest condemnaverit, esse nullam. Aut enim Auctor intelligit per id quod interest, totum debitum principale cum accessionibus, aut accessiones saltem. Sic. v. g. si actor centum cum accessionibus a reo petat, et Judex reum in id quod

(o) *Pos.* 6.

actoris interest condemnet, vera quidem esset ejus assertio, sed hanc Auctoris mentem non fuisse, colligere est ex Codicis titulo de sent. quae pro eo quod interest profer. *quem hic citat, ibi enim per id quod interest, solum principalis debiti accessorium denotatur. Si posterius, v. g. si Judex reum condemnet, ut actori centum cum omni damno et interesse restituere deberet: neque probatur auctoris opinio* per d. l. un. C. *utpote quae Judici saltem normam praescribit, intra quam interesse actoris aestimari debeat; neque quidquam magis in judiciis nostris frequens est, quam ut ejusmodi sententiae proferantur, ac postea ab actore terminus novus impetretur, in quo interesse suum aestimet, judexque novam super eo sententiam ferat.* vid. Brunnem. proc. cap. 72. n. 31. et 32. Ord. Proc. Saxon. tit. 36. *conf.* Autor. praelect. ad Inst. de Act. n. 20.

RESPONSIO.

Brevitas positionis nostrae huic scholio dedit occasionem. Concedo, (quis enim neget rem notissimam?) Quod juxta condemnationem principalem certam, fiat condemnatio in id quod interest, quemadmodum et petitio fere semper ita instituitur. Dicere volui, condemnationem in id quod interest, esse nullam, ita factam, sicut ea quam diximus; In id quod petitur, in id quod debetur, cum usuris competentibus; *atque sicut Thomasius in primo intellectu mentem nostram accepit: Cui non obstat citata* l. un. *cum ex ea nihil aliud, quam id quod interest simpliciter dictum, esse incertum, probare voluerimus.*

N. AUCT.

Ergo jam et de hac quaestione inter nos pax est.

Quin imo, cum saepissime fiat, ut petitio actoris tantum sit in id quod interest, sine definitione certae summae, manifestum est, non paucas hodieque sententias in id quod interest simpliciter esse concipiendas; non tantum quando hoc est accessio, sed etiam quando totum quod petitur in id quod interest resolvitur, quod accidit in obligationibus quae in faciendo consistunt, imo in omnibus, quarum praestatio non habet amplius facultatem, vel cum actori non est commodum urgere earum implementum. *l.* 72. *de V. O. l.* 11. §. 9. *de Action. Empt. et l.* 13 §. 1. *de Re Jud. et alibi passim.* Primo scil. an Reus ex illis causis debitor sit, disceptatur, et Actor eum debere contendens, agit in id quod interest: quod deinceps aestimatur: Ut principalis condemnatio simpliciter, inquam, in id quod interest fiat, non aliter omni die servatur.

34. (f) Certitudini sententiae, quo proxime dicta pertinent, consentaneum est, eam non recipere conditionem, quoniam haec omnia suspendit, nihilque ponit in esse, ut loquuntur: Nec ideo partibus apta fuerit dirimendis, quem tamen sententiae finem esse constat unicum. Quid autem, si conditio, secus ac oporteret factum, adjecta sit? Perinde valere sententiam ac si conditio adjecta non sit, post alios tradit ex *l.* 1. §. 5 *Quand. appell.* A. Matth. *d. disp. de Judic. th.* 49. Non docet hoc tamen Ulpianus, sed hoc tantum: Si conditio adjecta sit, tempus, appellando praefixum computari a tempore latae sententiae, non a die conditionis existentis: supposito scilicet, opus esse conditione existente ad effectum rei judicatae. Sensui enim communi adversatur, ut jus sub conditione alicui partum, etsi perperam, id ex continenti pureque valeat. Patet hoc ex *l.* 37. *de Excusat. Tut.* ubi talis est sententia: *Si Legitimum Tutorem habenti Tutor datus es, non est tibi necessaria excusatio.* Quaeritur, an excusatus sit, negatur, etsi justas habeat alias excusandi causas, *propter vitium pronunciationis*, ait Scaevola. Non valet igitur sententia quasi conditio adjecta non fuisset, ut illi volebant; secundum opinionem istam Tutor excusatus esset. Estne igitur ipso jure nulla sententia sub conditione tali? Nec hoc quidem; non excusatur ibi Tutor per sententiam, quia conditio defecerat sub qua fuerat excusatus: *nec enim erat impuberi Tutor Legitimus.* Si fuisset, excusatio habuisset effectum ex sententia. Doctores antiqui Accursium *l* 11. *C. de Sent.* et Bartolum in *l. Ait Praetor.* §. *Si Judex h. t.* secuti, distinguunt inter conditionem intrinsecam, et extrinsecam. Intrinsecam vocant, quae pendet ex actis, ut haec, *si probatum sit, si juraveris*, qualis et illa fuit in *d. l.* 37. *Si pupillus habeat Tutorem Legitimum.* Hujusmodi conditionem valere putant. Extrinsecam, quae ab Actis causae est aliena, velut, *Si navis ex India venerit. Si Titius Consul factus fuerit*, non recte adjici volunt, D. Ant. Matthaeus rejicit hanc distinctionem *d. th.* 49. Mihi verissima videtur, sano sensu. Extrinseca conditio vitiosa est, quatenus pro non adjecta habetur. (1) Intrinseca male quidem adjicitur a Judice, qui operam dare debet, ut pure ferat sententiam, ratione superius reddita:

(f) *Pos.* 7.

(1) *Nec extrinsecam conditionem pro non adjecta habendam dixerim, sed eventum ejus expectendum, ut sententia effectum rei judicatae consequatur: ut ut enim haec conditio ab actis causae sit aliena, credidit tamen judex ad ea pertinere, et jus victoris ab ea dependere, quod sufficit ne sententia ante ejus existentiam consequatur effectum rei judicatae. Probat hoc etiam Ulpianus in* l. 1. §. 5. quand.

quando tamen adjecta reperitur, si quidem non existat conditio, nihil habebit Actor, si extiterit conditio, habebit effectum rei judicatae *d. l.* 37.

Nun possum etiam probare discrimen, quod idem D. Matthaeus statuit inter has conditiones, *Absolvo, si juraveris, et Condemno, si probaveris. d. disp. th.* 50. Priorem dicit valere D. Matthaeus, posteriorem non valere pronunciat. Imo vero neutram a Judice recte adjici credendum est Ulpiano, in *d. l.* 1. §. 5. *Non debet Judex sub conditione ferre sententiam, nulla omnino*; quia partes ita non dirimuntur; quia tum non est ultima pronunciatio; quia non continet absolutionem vel condemnationem: quia conditionalia tantum sperantur, non sunt. Denique, fieri potest, adjecta conditione si *juraveris*, ut is, cui juramentum per sententiam est delatum, moriatur antequam juraverit. Quid dices, valetne sententia, ut D. Matthaeus diceret? Non potest adversario nocere sententia, cui non aliter nocere potuit, quam si alter juraverit, quod factum non est, (accidit ista species in quadam vicina Curia) Si dicas, non valere, nihil actum erit. Praeposterae igitur facit judex, absolvens vel condemnans sub conditione, *si juraveris.* Optime juridiceque in nostra Curia, jusjurandum in sententia nunquam ut Conditio, sed ut jam praestitum, poni solet, exigiturque ante pronunciationem, ut Dicto inseratur; *Gehoort den Eedt.* Accursius, ait D. Matthaeus *d. th.* 50. *valere putavit sententiam sub hujusmodi Conditione*, Condemno, si probatum sit; *sed hoc falsum est, meritoque*, pergit, *post Connanum displicuit viro ingenii judiciique recti* Francisco Sarmiento, 1. *select. interpr. c.* 13. Recte illud, quod ad judicis officium attinet; sed quid an ipso jure nulla erit omnis sententia, cui haec sit adjecta conditio? Debuit equidem Judex eo modo non definire causam, sed interloqui: definivit tamen, Actor est paratus ad probandum, quod probare jussus est, et probat: an non gaudebit re judicata? Nulla vetat lex aut ratio, idque in Germania saepe fieri, scribit, Strauchius *dissert. Justin.* 26 *num.* 3. Apud nos quidem minime solet. Ipse tamen ejusmodi aliquando Sententiam apud Tribunal exactissimum obtinui. Diversas pecuniae summas uno libello petieram, quarum una sola probationem parum validam aut sufficientem habere judicabatur: sed tam levis erat momenti hic defectus, ut ea gratia totam causam interlocutione sufflaminare visum non fuerit. Condemnatus igitur est reus in summas pecuniarum petitas, hac lege, si *talem* articulum probaverit Actor; *dos de Impt. jal. toonen etc.* Probavi, et obtinui rem judicatam. Forte magis ῥητικῶς a Judice ex officio ante sententiam peti potuisset probatio, si ex continenti exhiberi posset, ut illa quidem poterat. Alioqui interloquendum fuisset, ut quidem videtur: sed totam sententiam esse nullam, lex aut ratio juris nulla jubet.

35. Porro ex eo, quod diximus, Judicem in ferenda sententia non posse rem in judicium deductam excedere, limitesque ejus rei, omnis ex libello et actoris petitione colligendos esse; sequitur, sententiam libello ejusque conclusioni conformem esse debere, nec ullo modo plus quam Actor petiit, complecti, quod vel esset stultitiae, vel animi quo litem suam faceret Judex. Proinde quando secundum Actorem ejusque petitionem datur sententia, dictum fere ex conclusione Libelli formatur, quodque in eo non reperitur, id nec in sententiam referri potest, aut solet. Omitti quominus aliquid possit, si non totum Actori adjudicetur, nihil obstare potest, eo modo quo dix. *n.* 33. *in f.*

36. Aliquando etiam ex verbis et conclusione Rei formatur dictum sententiae, non tantum, si absolvatur, quod est tralatitium et per se notum, sed etiam quando condemnatur, quod cum valde notabile sit, hic non est omittendum. Quando Reus Actoris petitioni se quidem opponit, attamen offert aliquid ad satisfactionem ejus quod Judex sufficere arbitratur: ejusmodi oblatio bifariam in sententiam conferri potest, vel ut reus absolvatur sub praestatione ejus quod obtulit, vel ut condemnetur in id quod obtulit. Prior modus in Curia nostra solebat esse ordinarius. Sed ab aliquot annis visum est potius, oblationes rei convertendas esse in condemnationem: idque ob hanc rationem, quod reo sub praestatione ejus quod obtulisset absoluto, actor non haberet actionem, rei judicatae ad consequendum oblationis effectum; quo tamen opus erat omnino. Inde factum est, primo, inquam, ut sententia e dictis rei, non actoris, formari possit ac soleat: Item, quod absoluturis in effectu et ex commodo rei speciem habeat condemnationis, nec aliter ab audientibus accipiatur. Petebat a me nuper aliquis, ut domum juxta ejus parietem structam diruere cogerer. Opponebam me scilicet, offerebamque praestationem ejus quod interesset ipsius, quod revera nullum erat. Judicatum est, hanc oblationem esse justam, et condemnatus sum praestare actori id quod interesset ipsius, ita non fuisse aedificatum, videbatur esse gravis sententia; verum ex meis verbis concepta et absolutoria in effectu.

appelland. sit *dum quaerit a quo tempore computandum sit tempus appellandi praefixum, an a die latae sententiae, an vero a die quo conditio extitit; et docet statim tempora computanda esse. Et merito; nam iniquitas, de qua appellans conqueritur, jam in pronunciatione sententiae commissa est. Quod si conditio pro non adjecta foret habenda, nullum potuisset esse dubium, quin ex die sententiae tempus ad appellandum computari debuisset.*

Caeterum, quod diximus, in sententiam nihil ingredi posse, quod non fuerit in conclusione: difficultatem habet respectu eorum, quae ut accessoria sententiis inseruntur, et quae tacite dicuntur inesse rei in judicium deductae; an haec in condemnationem a judice conferri possint, etsi ab actore petita non fuerint. Reponam hac de re thesin, quam ut indubitati juris ponit D. An. Mattheus *d. Disp. de Judic. th.* 14. *in fin. et th.* 15. Veniunt, inquit, *in sententiam quaedam aperte, alia vero tacite. Aperte veniunt, quae verbis intentionis exprimuntur. l. solemus*, 61. *de Judic. Tacite, quae etsi non expressa, per consequentiam et ipsa petita intelliguntur, ut fructus et reliquae accessiones rei petitae, quae post judicium acceptum contingunt: quae vero ante litem contestatam contingunt, non pertinent ad judicem, nisi nominatim petantur. l.* 2. *C. de Fruct. et lit. expens. l. praeterea. D. de R. V. l.* 40. *de Haered. pet. l.* 25. §. *Item sciendum.* 8. *de Ædil. Ed. l.* 16. §. *id quod amnis. D. Famil. ercisc. l* 14. §. *ult. D. de Aqu. et aqu pluv. l.* 31. *de Reb. cred. l.* 2. *de Usur l.* 16. §. *interdum. de Pignor. et Hypoth.* Donell 26. *Comm.* 4. Costal. *in d. l.* 25. Mornac. *in l.* 4 §. 2. *D. Si serv. vind.* Dein *th.* 18 ad ea, tacite insunt, atque sententiae, non petita licet, inseruntur, refert condemnationem in aestimationem et in id quod interest. Postea *th.* 32. referuntur eodem *Expensae sive sumptus litis, et damna varii generis.* Mirum, unde tanta sit a Jure Civili in Foro discrepantia: nam Curiae non dubitant, ea, quae ab actoribus omissa sunt, in sententia quoque praeterire, nec ipsa Frisiorum Curia Suprema, quae Juris Romani rationes exactissime servat. Adeo, ut si fructus impensaeque non sint petitae, licet ex natura causae in condemnationem deduci debeant, tamen non adjudicentur ut exempla memini factum, etsi rarissime a Patronis in libellis omittantur. Quin ipse Mornacius, quem laudat D. Matthaeus *d. l.* 4. *Si servit. vind.* idem velut ex Jure inculcat. *Nota autem*, inquit, *obiter*, petendum esse conceptis verbis id quod interest, quotiescumque contestatio fit apud Judices. Alias enim et, nisi petatur, nunquam suppletur sententia, culpaque haec in patronum collata est aliquando ab ipsis Judicibus, *cum post latum judicium, quaereretur Victor de non addictis ei detrimentis, quae ex lite traxerat: Ita ut in causa appellationis ad beneficium Legis, per hanc C. de Temp. appell. decurrendum fuerit, impetrato in id rescripto, quo perscripta paucis detrimentorum serie, restitutio adversus eam omissionem data est, admissaque de novo petitio.* Dicimus, *Pour etre redeve de l'omission faite des dits dommages et interest, et receu à en faire nouvelle demande.* Haec Mornacius. Textus oportet ipsos videamus; nullus eorum docet, a judice quidquam adjudicandum esse, quod non sit petitum, sed ita legimus: quae ante litem contestatam acciderunt, ad ejus officium non valde pertinere, nisi nominatim injuncta sint; hoc est, nisi formula Praetoris, quae Judici pedaneo praescribebatur, comprehensa forent. Sed post litem contestatam tota causa in judicio vertitur, omniumque rerum judici officium incumbit, quaecunque in judicio versantur, ait Ulpianus *l.* 25. §. 8. *de Ædil. Ed.* Quod igitur Ulpianus in *l.* 17. §. *ult. de damn. inf.* scribit, judices omne damnum aestimare solere, *quodcunque ante judicium* contigit, eodem modo accipiendum est, *si nominatim ei injuncta sint.* Sed quod post litem contestatam accidit, non opus est *nominatim* injungi, sufficit generalibus verbis id in judicium esse deductum. *d. l.* 25. §. 8. Quod si plane mentio damni vel ejus quod interest, aut impensarum, nulla sit facta, nusquam legimus, opinor, judicem id in sententiam referre debere. De expensis equidem praecipitur, victum expensarum causa victori esse condemnandum *l.* 79. *de Judic. l.* 13. §. 6. *C. de Judic.* Sed intelligenda videtur haec conditio, *si postulatum erit*, ut in *l.* 4. §. 8. *de Damn. inf.* Qui non postulat impensas, habet quod imputet sibi, quando, cujus non meminit, id non consequitur. Sic omnia, quae dicuntur esse Judicis officii opposite ad jus actionis, de quibus actum *ad tit. I de off. Jud.* supponunt, in judicio fuisse petita. Nam fructus etiam, qui ante litem contestatam percepti sunt, veniunt in rei vindicationem *Officio Judicis*, quos tamen petendos esse nemo negat; dicuntur autem ex officio venire, quae petenti actori possunt adjudicari, quanquam de illis nihil convenerit, ut pluribus in *Posit. et praelect. ad d. tit. I. de Off. Jud.* demonstratum est. Hoc certe etiam Costalius *ad l.* 25. concedit, Judicem non teneri adjudicare, quod non est petitum, etsi post litem Contestat. evenerit: Posse tamen illa, si velit, sententia complecti, existimat, cui non admodum refragari ausim, per *d. l.* 25. §. 8. *de Ædil. Ed. l.* 13. §. 6. *de Jud. etc.* Caeterum, quando damna et id quod interest impensaque in condemnationem veniunt, vix aliter quam generalibus verbis adjudicari possunt, aestimatione sive taxatione, quam vocant, deinceps instituenda, sicut de eo quod interest antea diximus.

37. Quid si omissa sit condemnatio in fructus, an actio de fructibus integra est victori? Respondet D. A. Matthaeus *th.* 17. Integra est, si quidem in rem actum fuerit, aut, cum ageretur

in persooam, nominatim fuerint petiti. *arg. l. si homo* 8. *de Re Jud. l. et ex diverso.* 35. §. 1. *l solum.* 49. §. 1. *de R. V. l.* 3. *C. de Condict. ex lege. l.* 4. §. *post. litem. D. Fin. regund.* Cujac. et Pac. *in parat. C. de fruct. et lit. exp.* Donell. et Duaren. *in d. l.* 8. *de Re Jud.* Quid si de expensis nihil sit dictum, an hae post causam principalem terminatam, adhuc peti possunt? Non posse coostitutum in *l.* 3. *C. de fruct. et lit. exp.* Sed in patronum forsilan, si per ejus negligentiam sit omissa clausula do impensis, actio dabitur, non in judicem, per ea, quae Mornacius habet ad *d. l.* 4. §. 2. *si Serv. vind.* et Costalios in *d. l.* 25. Plura de impensis, vid. *ad d. tit. Inst.* et A. Matthae. *d. disp. de Judic. th.* 32. *et seqq.* qui statuit, victum adeo victori in impensas coudemnandum, ut tametsi Actor eas uoo petierit, imo et claosula libelli salutaris omissa fuerit, Judex tamen reom in impensas actori restituendas condemnare debeat, sub hac poena, quod alioquin ipse ad eas praestandas teneatur. Sed neque textus supra citati, *l.* 79. *de Jud. l.* 13. *C. eod.* ueo ratio, illius sententiae rigorem ferre videntur.

PRONUNTIATIO SENTENTIAE.

XXXVIII Dictum sententiae e Scripto praelegendum. XXXIX. Idque partibus utrimque praesentibus. XL. Quinam vocandi. XLI Si defecerit is, quicum litis contestatio facta est; an opus sit readsumptione, et quatenus illa Sit necessaria vel non.

38. (g) Dictum Sententiae compositum, emendatum, *atque in libellum secuta fidelitate collatum*, (aliter enim non valet, *l.* 2. *et* 3. *C. de Sent. ex peric. recit.*) pronunciari debet, vel potius praelegi partibus, idque ab ipsis judicibus; adeo ut si ipse judex propria voce non recitet sententiam, haec ipso jure sit nulla, *l.* 1. *C. d. tit.* ubi per arbitrum intelligi judicem, patet ex eo, quod de provocatione subjicitur, juncta *l.* 1. *C. de Arbitr.* Excipiuntur judices illustres, qui per officium suom et per ministros recitatione defungi possunt, *d. l.* 2. quod moribus hodiernis ad omnes judices productum est. Ex scripto autem aeque legenda est hodieque sententia, ne brevibus quidem, et vilium personarum causis exceptis, quas excepit Justinianus in *Auth. nisi breves d. tit. C. ex Nov.* 17. c. 3. et *Nov.* 83. *in pr.* Scriptum illud vocatur periculum, Ciceroni et Cornelio Nepoti in eo sensu usurpatum, ut probat Cujacius 5. *obs.* 25. licet alii malint *breviculum.* Hotom. 3. *obs.* 20.

39. (h) Antequam Sententiae Dictum praelegatur, partes convenire debent, * quod sine praevia citatione fieri cum nequeat, citationem praecedere oportere dicendum, *l.* 47. *t.* adeo ut sententia parte altera absente lata, non valeat, nisi contumaciter abfuerit, quando legitimis citatus edictis sistere se noluit. *l.* 7. *C. quom. et quand jud.* juncta *l.* 53. §. 1. *h.* Quin si partes accesserint, atque alter febre correptus e judicio discedere coactus sit, sententia pronunciari non potest, et si pronunciata sit, est ipso jure nulla sententia; modo febris ejusmodi sit, ut pro sontico morbo, id est a rebus agendis impediente, haberi queat. *l.* 60. *h. t.* Haec subtilitas cum ad veterem fori Romani disciplinam, qua Lege nonnisi inter praesentes agi poterat, pertineat, *hodie* nusquam servatur; sufficit, partes simpliciter ad audiendam sententiam citari, nec opus est pluribus in eam rem edictis; nec si quis litigantium e judicio discedere coactus sit, attenditur. In Camera Spirensi, (quae fuit olim, modo aeterna

(g) *Pos.* 8. (h) *Pos.* 9. *et* 10.

* Qua ratione sententiae apud nos publicari, † partesque ad publicationem earum citari debeant, de eo videri potest *Ord. Pr. Sax. Tit.* 34. Sveud. *ad Fibig. p.* 797. *seqq* Stryk *Introd. ad Pr. for.* c. 22. Nicor. *Pr. P.* 1. c. 67. Lang. *Proc. c.* 67. *seqq.* et *Commentat. ad d. tit.* 34.

† Jure novissimo judex tempus, quo sententiam a JCtis latam accepit, rite annotabit, et intra octo dies brevem terminum, qui quatuordecim dies haud excedet, ad publicationem praefiget, quinque thalerorum mulcta imminente, si quidpiam in his peccatum fuerit; sententiam, nisi in causis concursuum, in isto termino, et quidem in comparentis partis praesentia resignabit, et hoc ita actum annotabit, nec a partibus impensarum nomine quidquam, praeter eas, quas sor pecunia in ipsam sententiam et transmissionem, remissionemque actorum fecit, et quarum enumerationem suae citationi inserere tenetur, exiget; quo facto, si sententia uni etiam parti fuerit publicata, utrique fatale decendii currere incipit. Si in termino publicationis, citationibus rite insinuatis, neutra pars comparcat, terminus ille pro circumducto neutiquam est habendus, sed nihilominus sententia hora XII. est resignanda, ad acta referenda, et in contumaciam pro publicata habenda, decendio ab eodem momento ad interponenda remedia suspensiva aut devolutiva currente. Judex sententiam supprimere, aut ad alios JCtos transmittere, ne audeat, sub nullitatis et alia arbitraria poena *O. P. S. E. I. et E. Tit.* 34. §. 5. qui titolus integer hic conferri meretur.

Illustrissimi Imperii injuria, insolentiaque Gallicae violentiae incredibili destructa) ne quidem ulla specialis in hunc finem citatio requiritur, una sufficiente generali in jus vocatione, sicut testis est Gailius *lib.* 1. *obs.* 109. *n.* 3.

40. (i) Citandi autem sunt domini litium, sive illi sint Procuratores per litem contestatam domini facti, *l.* 23. *C. de Procurat.* sive originales domini. *l.* 1. *C. de Sent. et interd.* Cum autem Procuratores publici, quos hodie habemus nunquam ad sententiam audiendam vocentur, hoc etiam argumento est ejus, quod alias diximus, id genus Procuratores non fieri litium dominos. Sed mandatarii, qui rogatu amicorum lites pro illis suscipiunt, easque per alios Procuratores judiciales et publicos administrant, ipsi videlicet, citantur: nisi morte sublati, aut aliter a lite remoti sint, tunc ipsi domini vocantur; dominis autem mortuis, haeredes eorum, quia in mortuum, non magis quam in absentem, ferri potest sententia. *l.* 59. §. *ult. h. t.* Usu fori fit readsumptio, quam vocant, sine qua non potest adversus successores procedi, quia mandatum procuratoris morte finitum est; si dominus ipse litem contestaretur, nulla readsumptione opus foret, uti non est, si partes nihil amplius in judicio agendum habeant. Dix. *ad tit. de procurat.* vid. Gail. *d. obs.* 109. *n.* 5. *et seqq.*

SCHOLIUM.

Quae Reassumptio etiam moribus judiciorum *in* Ord. Proc. Sax. tit. 17. *olim recepta, sed postea per mandatum speciale Serenissimi Electoris Saxoniae*, de dato 16. Januarii 1655. *iterum abrogata fuit.* *

Ad exegesin et responsionem pertinent sequentia.

4*. Ex ratione juris, nulla videtur opus esse readsumptione quae dicitur, quemadmodum et jure romano est incognita. Nam si dominus ipse litem suscepit, haeres ejus per se tenetur litis contestationem ab illo factam, utpote quasi-contractum, prosequi. Si Procurator Dominus litis contestatione factus defecerit, lis ad mandantem et principalem ultro recidit. Si vero mandans decesserit, Procurator, qui jure civili dominus litis est, manet talis; Sed quando Procurator non fit Dominus litis, ut publicos Procuratores hodiernos non fieri, probatum est *superius*, et *ad tit. de Procurat.* ex professo; tunc deficiente domino, readsumptio necessaria est; ad *qualificandum* Procuratorem, cujus mandatum morte fuit extinctum: etsi forte renovatio mandati sufficeret, qua causa Saxones, *de* quibus Thomasius, eam forsitan abrogarunt. Quod si moriatur mandans idemque Dominus litis, post conclusionem in causa, quando nihil amplius e partibus in judicio administrandum est, nulla fit readsumptio, quia Procurator non eget novae qualitatis. Habet etiam hunc finem *Readsumptio*, ut Judici constet, quis in litem successerit, quo is ad audiendam sententiam citetur. Proinde cum Dominus litis moritur post conclusionem causae, cum nulla fiat readsumptio, nec ita publice constet, quis sit haeres et successor in litem, non fit alia citatio, vel pronunciatio, quam in nomen veteris domini litis, etsi haeredibus insinuetur, qua de re paulo aliter Gailius *d. obs.* 109. *n.* 3. *et* 4. Qui etiam *num.* 6. totum readsumptionis institutum improbare videtur. *Melius*, inquit, *meo quidem judicio foret, magisque litigantibus expediret, si contra Procuratorem tanquam dominum litis et instantiae, usque ad conclusionem procederetur*, et *in eum sententia conceptis verbis publicaretur; hoc enim de jure fieri posse notum est.* Quae scilicet eo nituntur, quod non animadvertitur, hos non fieri dominos litium, nec in eos posse ferri sententiam, neque litis contestationem cum illis fieri, ut tradit. ipse ex Recess. Imp. de *anno* 1600. vers. *Aber.* Incommodum quod ex Readsumptionibus in Camera Imperiali narrat idem esse natum, ut ad multos annos causae ob defectum mandati procuratorii idcirco pendeant, non est inevitabile, nec apud nos habet locum. Dedit tamen ea quoque res occasionem Reformationi Saxonicae, *de* qua modo Thomasius; ut et in nostra Curia, quod in casu readsumptionis mortuo domino eodem Procuratore non requiritur novum Mandatum, ut retulimus *ad tit. de Procurat. P.* 2. *pag.* 177.

Partibus in judicio praesentibus, Judex conscendebat tribunal, et sedens in eo, pronunciabat; Ita Christus Dominus *καθημένου ἐπὶ τοῦ βήματος τοῦ Πιλάτου*, sedente Pilato in tribunali condemnatus est, *Matth.* 27. 19. olim in foro, aut ubi *salva majestate Imperii* poterat, deinceps in Secretariis suis. *l.* 3. §. *pen. et ult. C. ubi Senat. vel Claris. l. pen. de Just. et jur. l.* 6. *C. de Sentent. et interl.* Quod de sententiis cum plena causae cognitione latis, non de summariis accipiendum esse, facile intelligitur, et constat ex §. 4. *Inst. Qui et ex quib. caus. manum.* Tempus, quo ferantur sententiae, Legibus non est praescriptum: Pendet

(i) *Pos* 11. *et* 12.

* Fuisse tamen Saxonibus causas plures, etiam post Rec. Imperii *de A.* 1654. §. 99 Mandatum Electorale *de A.* 1655. litem reassumendi, docet Ill. Menkaenius *ad O. P. S. diff.* 1 *tit. tit.* 17. §. 5.

hoc igitur a cujusque arbitrio, et cujuslibet fori consuetudine: Fere autem ita servatur, ut mane feriarum solemnis pronunciatio celebretur, judicibus coram, per scribam primarium, neque tamen id semper, aut necessario saepe enim pars sententiarum minoris momenti, a scribis solis, antequam judices accedant, recitatur.

EFFECTUS SENTENTIAE.

XLII. Sententiam esse immutabilem. XLIII. Usus ejus rei in civilibus. XLIV. In criminalibus. XLV. Ne quidem propter instrumenta noviter reperta posse retractari sententiam. XLVI. An remedium restitutionis in integrum heic locum habeat. XLVII. Reo tamen facilius aliquid remedii restitutionis aequipollens indulgeri. XLVIII. Quibus modis sententia retractetur, et si ex falsis instrumentis lata, utrum ipso jure nulla sit an opus sit restitutione. XLIX. Actio rei judicatae. L. Ex sententia regulariter non dari novam actionem. LI. Quis faciat EXECUTIONEM. LII. Quid juris, si damnatus in alieno sit territorio. LIII. Contra quos detur, et non detur executio. LIV. An et contra fidejussores judicatum solvi, sine novo judicio: quod adfirm. contra Herbajum. LV. Rationes ejus refelluntur. LVI. Modi executionis tam jure civili, quam moribus. LVII. Causae quibus sistitur executio.

42. (k) Effectus sententiae consideratur vel in *se*, vel ratione actionis et executionis. In *se*, quod ex ea nascitur vis rei judicatae, quam *supra diximus*; et quod irrevocabilis atque incorrigibilis sit, *neque augeri litera una, neque minui possit*, ut Apulejus. Hactenus bene Pilatus, ὃ γέγραφα γέγραφα, *quod scripsi. scripsi. Job.* 19. *v.* 22. Praetor etsi jussa imperiaque sine causae cognitione data repetere, et contrario imperio tollere possit in sententiis eam potestatem non habet. *l.* 14. *h. t.* Idemque de judicibus simpliciter adfirmatur *l.* 55 *l.* 62. *eod. l.* 2. *C. de sent. ex peric. recit. l.* 1. *C. sent. resc. non posse.* Nec quidem principali rescripto retractari sententia, nulla provocatione suspensa, potest, *l.* 3. *C. eod.* ubi, qui talia rescripta meruerunt, etiam limine judiciorum expelluntur. An huic dicto adversatur, quod est in *l.* 45. §. 1. *h. t. sententiam dictam, sine Principis auctoritate nihil est statuendum*? Respondetur, id ibi de poenis criminum sententia inflictis adfirmari, in quarum mutatione cum nullius juri praejudicetur, nulla difficultas est. Expedit ob oculos habere, quas ob rationes sancita sit illa sententiarum immutabilitas. Prima, ne labefactetur auctoritas rerum judicatarum. Secunda, quia judex officium in illa causa functus est, seu bene seu male functus sit. *l.* 55. *h. t.* Tertio, ut judices intelligant, non esse procedendum ad sententiam, nisi adhibita omni sollicitudine, nec licere bis peccare. Quarto, quia per sententiam victori jus quaesitum est, quod nec per judicem, nec quidem per Principem adimi potest. *d. l.* 3. *C. Sent. non poss.*

43. Quando igitur damnatus non provocavit, aut supplicavit, id est Revisionem petiit, *ut nunc* loquimur, neque sententia contra leges, sed tantum contra jus partis est lata, sibi oportet imputet, *quod* acquieverit; executio procedit, nec admittitur *ulla* juris aut facti probatio in contrarium, vel demonstratio iniquitatis, cujus rei exempla non defuere, quod meminerim: Eaque res indigna videri non potest; quando non modo singulos homines, sed nec ingentis prudentissimorum sanctissimorumque hominum conciliis, se ab erroribus undique liberos praestare posse, compertum est Caeterum, hic rigor juris so impedit, quominus, si quid in sententia sit omissum, aut si quis error memoriae, vel calami sit commissus, is suppleri et emendari possit, quemadmodum calculi errores in *l.* 1. §. 1. *Quae sent. sin. app. resc.*? Exemplum ejusmodi referam. Titius petierat tres partes cujusdam praedii, nec reus negaverat illas esse petitoris, et quartam *esse* suam; de praestationibus erat controversia. In sententia tamen Titio pars quarta fundi per errorem adjudicata fuerat. Satis apparebat error: et tamen ita quoque fuit religio Curiae mutare, vel emendare sententiam: Admisit eum ad novam pro tribus reliquis partibus instantiam, sine metu exceptionis rei judicatae, quia non additum erat sententiae; pro reliqua conclusione rejiciendam esse petitionem; ut solet, ubi consulto pars petitionis adjudicatur. Etenim si hoc fuisset adjectum, magis est, ut exceptio rei judicatae obstitisset. *In causa Andries Martens contra Aeke Jelles, d.* 2. *Martii* 1642.

44. In criminalibus, quod *paulo superius* indicavimus discrimen, Quia nullum privatis inde praejudicium creatur, si judex παρόραμα vel ἁμάρτημα praecipitantiae commiserit, ipsum

(k) *Pos.* 14. *et* 15.

quidem non posse mutare, sed Principem esse consulendum, ut is emendet sententiam *d. l.* 45. §. 1. Neque ut est momentum rei pudor judicos malus impeditos baboro debet, ne hac gratia Principem adeundum erroremque fatendum censeant: quod aliquando, ut sunt homines, potest obrepere dignitatis suae tonacibus. Auctor est Michael Montanus in *Gustibus suis*, quem Lipsius Thaletis Gallici nuncupatione honoravit; in vicinia sua (degebat autem in Aquitania, non procul *Burdegala*, cujus civitatis aliquando *Praetor* fuit) accidisse, ut homines duo praesumptionibus et tormentis eo redigerentur, uti caedem a sese in quadam sylva commissam faterentur, ac ut latrones condemnarentur. Sententia lata, nondum executioni data, certiores facti sunt judices ex alia Curia vel collegio judicum, illic fuisse captos et convictos homines, qui caedem illam perpetrassent; ut de rei veritate dubitari non posset. Quid facerent judices damnationis properi? Mutarent sententiam? Non poterant. Referre ad Regem? Pudendum erat. Non fuit igitur alius exitus, ut ipsis videbatur, quam ut dissimularent informationes alterius Curiae, additque Montanus haec verba, *Les pauvres diables furent pendus*: Etiam haec pro ratione; *comme des victimes formulaires de la justice. Suspensi sunt miseri tanquam victimae formulares judicii.* Parce victimis ee formulis; non est tam malum fateri errorem, quam funestare. Sunt tamen Curiae quibus merum Imperium ita commissum est, ut summae potestates ejus decretis se non immisceant, quaeque Principem hac parte repraesentant, qualis Provinciae nostrae Curia esse videtur: Cui proinde jus mutandi in criminalibus, non aeque in civilibus, ut antea dictum, competeret. Ante aliquot annos accidit, ut homo Amersfurtensis se ipsum caedis patratae reum deferret, isque causa cognita capitis damnatus est. Post sententiam et mortem ei indictam, δεινὰ ποιεσάμενας tam immanes querelas, tot nova facta protulit, ut major dominorum pars executionem differendam censeret; nec potuisset non sequi mutatio sententiae, si aliter compertum fuisset. At re nihilo secus, quam pridem constiterat, deprehensa, ille quidem supplicium subiit: de Curiae potestate in utramque partem dubitatum non fuit, quin Ordines, qui jus Principis habent, ejus cognitionem sibi non vindicassent.

45. (1) Ampliatur immutabilitas Sententiae hac positione: quod ne ob instrumenta quidem noviter reperta mutatio fieri et impetrari queat. Major enim est utilitas publica, ne lites sopitae resuscitentur, quam ne privatus aliquis damno adficiatur. Ita Gordianus; *Sub specie novorum instrumentorum postea repertorum, res judicatas instaurari, exemplo grave est* l. 4; *C. de Re Judic.* Excipiuntur quaedam species; Nam l. Impp. Antoninus et Verus rescripserunt, quamquam sub obtentu novorum instrumentorum restitui negotia minime oporteat, tamen in negotio publico ex causa permittere se hujusmodi instrumentis uti, *l.* 35. *h. t.* modo id fiat intra triennium. *l. un. C. de Sent. ad Fisc. retract.* Excipitur etiam Sententia quae lata est jurejurando judiciali, *l.* 31. *de jurejur.* ratione alibi reddita. Brunnemannus *ad d. l.* 4. D. Wissenbach. *th.* 15. *h. t.* aliique, excipiunt alios casus duos. I. Si lata sit contra matrimonium sententia. *C. lator.* 7. *X. de re jud.* II. Si praecesserit res judicata, sine provocatione, contraria, *l.* 1. *C. Quando provoc. nec non est.* Sed hi casus male excipiuntur ab hac regula, quod sententia per falsa instrumenta retractari nequeat; cum sine ulla mentione novorum instrumentorum, tales sententiae per se nullae sint, ut textus loquuntur: quemadmodum, si error calculi in sententia commissus sit, *l.* 1. §. 1. *Quae sent. sine app. rescind.* secus atque si in Actis judicii error calculi detectus fuerit. *l.* 2. *C. de re Judic.*

46. Sed an restitutio in integrum ex hac causa non dabitur? Certe dabitur, si ob metum, ob dolum, ob aetatis lubricum, vel propter absentiam Reipubl. causa non fuerint in judicio exhibita instrumenta: cum hae semper sint causae justae restitutionis in integrum. Quid de sexta generali causa, per clausulam Edicti Praetoris, *si qua mihi alia justa causa videbitur?* Etiam vero haec sufficiet: si modo diversa sit ab ipsa inventione novorum instrumentorum. Numquid igitur reus condemnatus non potest in integrum restitui, propterea, quod nova instrumenta, quibus probet se non debere, invenerit? Non videtur, nisi vel metu prohibitus sit ea proferre, vel dolo adversarii instrumenta sint intercepta, vel minor fuerit, aut, inquam, Reip. causa abfuerit. Cum enim lex neget novorum ob inventionem instrumentorum posse retracteri sententiam, Praetor qui minister legis est, eam non potest introducere in Edicto suo, nec enim ullo modo propter instrumenta nova res judicata resuscitari potest. *l.* 27. *in fin. de Except. rei jud.* Atque ita recte Fachin. *l.* 1. *c.* 51. Tulden. *ad tit. C. de Re jud. n.* 3. qui tamen aliter vulgo sentire tradit Doctores, quin nec justae praetextus ignorantiae admittunt Fachinaeus aliique securatiores, quos vocat Brunnemannus ad *d. l.* 4. qui tamen in Foro secus esse receptum testatur. Ignorantiam et impotentiam inveniendi per se non sufficere ad

(1) *Pos.* 16.

restitutionem, dicendum est; alicqui per hanc exceptionem positio juris tota ferme eliderelur, quia vix aliter quam per ignorantiam instrumenta solent omitti; verum si causa gravis et positiva sit, per quam scire non potuit is, qui restitutionem petit, ac et ubi instrumenta extarent, non video cur ab hac re magis quam ab aliis omnibus, clausula generalis Edicti Praetoris alienari deberet.

47. Quia tamen perdurum est, sententiam, contra quam deinde clare liquet, executione prosequi, Tribunalia in eam partem inclinant, ut vel restitutionem concedant; vel condictione aliquo repeti permittant, quod vi sententiae solvere coactus, ex instrumento postea reperto docere potest se non debere. Idque maximo in favorem rei: nam actor merito sibi imputet, quod non paratus actionem instituerit. Sed qui solverat, si conventus iterum condemnatus sit, reperta deinceps apocha, eum repetere posse quod solverat, non condictione indebiti, (quia quod solutum est debitum fuit e sententia) sed condictione sine causa, judicavit Curia Parisiensis *arg. l. 2. de Condict. sin. caus.* ubi Costalius. Et est credibile, Curias libenter aliquid admissuras, quo reus id, quod eo modo per sententiam solvit, repetere possit, ut non solvere cogatur. *Exempl.* Fridericus a Botnia condemnatus erat Cornelio Vermees, ad solvendas meliorationes praedii, quod hic emerat ab illo, quae colono tempore venditionis debebantur. Post latam sententiam Botnia reperit instrumentum, in quo scriptae erant conditiones et leges praedii venditi, quas inter et haec, ut emptor Colono pro meliorationibus satisfaceret. In lite jam protestatus erat; si deinde conditiones repertae aliud indicarent. Inventae sunt post sententiam. Opposuit sese executioni, et oppositio est admissa, *d.* 10. *Febr.* 1640. non vi protestationis, ut opinor; nam protestatio nihil novi juris addit: Sed eo, quod pecunia sine causa apud emptorem esset futura, sicut in *d. l.* 2. *de Condict. sine causa.*

48. (m) Caeterum, revocatur tamen sententia, I. per remedium restitutionis in integrum, ratione aetatis, *tit. C. Si advers. rem Jud.* II. Per appellationem, *lib* 49. et querelam nullitatis, *l.* 4. §. 6. *h.* de qua ad *tit. de Appell. et ad tit. quae sent. sine appell. resc. posit. ult.* agemus.

SCHOLIUM.

Dicit, revocatur: *non rescinditur. Nam rescissio spectat saltem ad restitutionem et appellationem, aliosque modo infra in* tit. de appell. *recensitos, non vero ad querelam nullitatis*, per posit. 1. infra de appell. *nisi voce rescissionis velis improprie uti cum rubrica.* Quae sent. sine appell. rescind.

Atque eo pertinet, si prius contra judicatum sit absque provocatione, *l.* 1. *quand. provoc. nec. non est.* item si ex falsis instrumentis lata sit sententia, *l.* 1. 2. *et t. t. C. si ex fals. instr. l.* 33. *in f. h.* quanquam textus de rescindendo et restituendo loquuntur. Wissenb. *ad h. t. th.* 5.

SCHOLIUM.

Scilicet, ad querelam nullitatis haec pertinent. Verum hoc casu potius placet, sententiam esse rescindendam per restitutionem in integrum, l. 33. ff h. t. adde Brunnem. Proc. c. 27. n. 77. *qui tamen cum Auctore sentit*, ad l. 2. C. si ex fals. instrum.

RESPONSIO.

Non est a me decisa, sed in medio relicta quaestio de Sententia ex falsis instrumentis aut testimoniis lata, quam non habere effectum rei judicatae, si victus se opponat, satis constat; utrum vero sit ipso jure nulla, an per restitutionem rescindenda sit, ambigitur.

N. ADDIT.

Ergo bene est. Nam Auctor mecum sentit. Quod vero putaverim dissentire, in causa sunt verba Auctoris praecedentia: atque eo pertinet, *(praecesserat vero immediate de appellatione et querela nullitatis)* *item*: quanquam textus *etc. quibus alias, sententiam dissententium nostrae non obstare, solemus indicare.*

Usu quaestionis maxime est in praescriptione temporis, quae, si querela nullitatis sufficiat, est tantum longissimi temporis; si restitutione sit opus, est quadriennii. Auctores utriusque sententiae recenset Wissenbachius *h. th.* 5. qui sequitur nullitatem; Addit autem, *hodie* non nisi per appellationem procedere rescissionem: quod minime verum est: tunc enim decem diebus huic querelae praescriberetur, intra quos appellandum. Atqui restitutionem in integrum a sententiis, post fatalia appellationis adhuc superesse, minime, quod unquam in Foro cognoverim, dubitatur. Caeterum, Restitutionem in integrum hoc casu esse dandam πραγματικῶς, et diserte constituisse Hadrianum, refert Callistratus in *l.* 33. *h. t.* Nec video textus nullitatem statuentes, etsi plures educat Perezius ad *d. tit. C. si ex fals. instr. n.* 5. In *L.* 1. habetur, post sententiam de falso superesse quaestionem. In *l.* 2. Causam ex integro audiri, quod fit etiam in casu restitutionis, quia res in eum statum, unde coepit, redintegratur. In *l.* 3.

(m) *Pos.* 17. et 18.

res judicata devocatur in irritum. In l. 4. executio suspenditur, et soluta condicuntur. Quae omnia restitutioni non minus, quam nullitati conveniunt. Adeoque standum videtur eo quod est in *l.* 33. quae dat in integrum restitutionem.

49. (n) Sequitur effectus rei judicatae ratione Actionis, et Executionis. Actio in condemnatum victori datur rei judicatae, quae semper est civilis, et semper rei persecutoria, perpetua, et in haeredem transitoria, licet actio prima contrarias habuerit qualitates, *l.* 6. §. 1. *et* 3. quod fit vi novationis, quae per litis contestationem quasi contractu perpetratur, *l.* 11. §. 1. *de Novat. et l.* 3. §. 11. *de Pecul.* unde nec datur nisi inter eos, qui litem inter se contestati sunt, Res enim inter alios judicata, neque aliis nocet, neque prodest, *l.* 63. *h. t.* qua de re est *tit. in Cod. Quib. res judic. non noceat.* ubi Perez. cui adde Wissenbachium *h. t. th.* 16. Effectum hujus regulae nos habebimus ad *tit. de Except. rei judic.* Caeterum, quod diximus, Actionem rei judicatae habere novas qualitates, saepe diversas ab actione primigenia, non impedit, quominus si aliud in sententia sit ambigui, id ex proprietate primitivae actionis sit explicandum. Exemplo id illustrabimus. Creditor habens pignori annulum, conventus ad eum restituendum post solutionem factam, condemnatus erat ad annulum restituendum, aut alioqnin ejus aestimationem. Debitor actionem rei judicatae, simpliciter ad restitutionem annuli adhuc extantis apud creditorem instituerat; creditor victus offerabat aestimationem, eo quod optio sibi in sententia data esset; Debitor replicabat, alternativam aestimationis intelligendam, si annulus non extaret, ac ita judex inferior, qui tulerat sententiam, judicavit, non per modum declarationis, sed nova super actione rei judicatae sententia. Re ad Curiam per appellationem delata, non deerant, quibus videbatur, reo alternative condemnato, electionem admi non posse; Praevaluit tamen haec ratio; quod actio primaeva sine dubio ad annulum ipsum dabatur, aut, eo non extante, ad aestimationem, idque judicem intellexisse videri, per verbum, *alioqui.* Ac ita judicatum est, in causa *Tjardi van der Leli Appellantis*, contra *R. S. ante ferias Pentecost.* 1681.

(o) In ipsum dominum, non in procuratorem datur actio; nisi in rem suam sit, vel obtulerit se *l.* 4. *pr.* Pluribus una sententia damnatis, in singulos pro partibus haec actio datur *l.* 1. *et l.* 2. *C. si plur. un. sent.* nisi aliud expressum, vel res individua sit, *l.* 4. §. 1. *et* 2. *de V. O.* vel ut universi sint condemnati, velut municipes, in *l.* 4. §. 2. *h.* Perez. *ad tit. C. Si plur. una sent.*

50. (p) Quid autem, an post sententiam nova opus est actione, novoque judicio? (†) non opinor, si liquidum sit judicatum, per *l.* 15. *h. t.* ubi sententia immediate executioni datur, implorato magistratus officio; sed actio instituitur, ubi res incerta et illiquida est, *arg. l.* 9 *de jurejur.* ac ita fert usus. Dissent. Thomasius.

SCHOLIUM.

(†) *Ita videtur per ea, quae Strauch. XXXIX.* 5. *et Dn. Schilter.* Ex 46. §. 2. seq. *ubi simul ostendit convenientias et disconvenientias actionis judicati et processus nostri executivi.*

Respondetur in sequentibus.

Res aliena videtur a disciplina juris Romani; quando res est judicata, tunc ut victor ejus effectum consequatur, opus esse nova in jus vocatione, actionis editione, judicis datione, causae cognitione, denique sententia. Quin si Praetor in re judicata noluit obligationes ex obligationibus fieri, *l.* 4. §. 3. *h. t.* quanto minus lites ex litibus seri voluerit? Quid autem ex hac nova sententia; Numquid rursus actio rei judicatae dabitur? Sic opus est, si ex sententia datur actio nova novumque judicium, ut Thomasius laudatique ab eo volunt Auctores, et communiter loquuntur. Ego in legibus, post Sententiam reperio in continenti executionem fieri, tam in *d. l.* 15. *h.* quam in toto *tit. C. de Execut. rei jud.* perinde in hodiernis fit judiciis, nec aliter res facultatem usus habere videtur. Quid igitur sibi vult Actio rei judicatae toties ingeminata? Vel imploratio judicis officii ad executionem faciendam sic appellatur, vel actio proprie instituitur, quod et hodie fit, quando res est incerta, variis modis; Primo quando dubitatur an judicatum sit. *arg. l.* 9. *in pr. de jurejur.* II. Quando quis negat sententiam contra se esse latam vel ad se pertinere, cujus rei exceptio late patet, ut ex *d. tit. C. Quib. res. Jud. non noc.* intelligitur, atque a nobis dicetur ad *tit. de Except. rei jud.* III. Quando sententia non continet rem certam, sed incertam quantitatem; veluti, cum in fructus perceptos, in usuras, in id quod interest, aut alternative condemnatus est. Tunc etiam manifestum est, non posse victorem ex continenti procedere ad executionem, nisi incertitudo ad certam praestationem relata sit. His casibus in nostris Foris Victor implorat Judicis officium, qua is condemnatum moneat, vulgo *summationem* vocant, ut sententiae satisfaciat; Quod si inter partes sine lite res componi nequeat, oritur, inde actio novusque litis processus; quod merito Rei judicatae Judicium dixeris. IV. Locus est actioni judicioque rei judicatae, si victus longis frustrationibus executionem remoratus fuerit, ut res

(n) *Pos.* 19. (o) *Pos.* 21. *et* 20. (p) *Pos.* 22.

interim non extet amplius, ideoque ad aestimationem agendum sit. *h. l. 7. C. de Execut. rei jud.* Cum his similibusque casibus fieri possit, ut super re judicata novum moveatur judicium, non est necesse ad usum actionis rei judicatae demonstrandum, ut ex omni sententia detur actio nova, novumque judicium; quo nihil inutilius negotiique naturae adversum magis videtur. A. Matth. *disp.* 12. *n.* 6.

N. Addit.

Nusquam mens mea fuit asserere, quod in omni sententia opus sit actione rei judicatae, sed quod saltem illa distinctio inter judicatum liquidum et illiquidum, cui scholium meum fuit adjectum, casum ubi locum habeat actio, non determinet, cum etiamsi sententia sit liquida, i. e. contineat rem certam et quantitatem certam, tamen actio judicati dari soleat, si v. g. res, in quibus executio fieri debet, sint sitae sub alio judice. Postquam vero Actor hic in praelectionibus mentem suam declaravit, quod terminum illiquidae sententiae sumat in sensu plane laxiore, quatuor genera sub se complectente, nulla amplius inter nos lis est.

51. (q) Transeamus ad EXECUTIONEM, et consideremus. I. a quo fieri possit. II. Contra quem. III. Quomodo IV. Quemadmodum sistatur et impediatur. Quod ad primum attinet, Executio fieri debet ab eo, qui tulit sententiam, modo imperium mixtum habeat, sive datus sit a Principe, sive ordinaria jurisdictione praeditus, *l. un. C. Qui pro sua jurisd.* non judex pedaneus, sive datus a Magistratu; Nam hujus sententiam exequitur, qui dedit judicem, *l.* 15. *in pr. h. t.* quod etiam de arbitris, et omnibus, qui notionem habent sine Imperio, adfirmandum *d. pr. l.* 15. juncta *l.* 5. *eod.* Quid judex Mandatarius? Hunc etiam exequi non posse volunt; Strauch. *dissert. Justin.* 28. *n.* 1. Sed cum mandata jurisdictione transeat etiam Imperium, quod non est merum, ad quod Executio pertinet, *l. ult.* §. 1. *de Off. ej. cui mand. est. jurisd.* non video, quare durante mandato, judex mandatarius sententiam a se dictam exequi non possit. Appellatione interposita quid juris sit, *dein de* videbimus. Saepe tamen et extra casum appellationis, executionem sententiae ab inferiore judice latae petitam et concessam a Suprema Curia vidimus, ob duas potissimum causas; cum quod condemnati in diversis habitabant jurisdictionibus, tum propter eorum potentiam; quibus causis fieret, ut victores difficilius effectu rei potirentur; Alioqui non videtur esse judicum superiorum, absque appellatione, sese inferiorum officiis ingerere. *arg. d. l. un. C. Qui pro sua jurisd.*

52. Quod si condemnatus alibi degat, aut res, in quam facienda est executio, in alieno territorio sita sit, judex ejus loci requisitus, non recusat executionem, nec si in eodem imperio sit, recusare potest, quin a superiore ad hoc justitiae ministerium compellatur; quomodo memini Supremam Frisiae Curiam, aliquando compulisse Magistratus cujusdam Civitatis, qui recusabant exequi sententiam contra quendam Civium suorum latam a judicibus Academiae nostrae, quibus idem jus, quod aliis Tribunalibus deferunt non deberi autumabant. Quod si judex requisitus sub eodem summo Imperio non agat, in ipsius arbitrio est, exequi velit sententiam, an secus. Non solent tamen negare, debita humanitate requisiti, quin juri Gentium, si negarent, adversari viderentur: sub hac tamen exceptione, nisi jurisdictioni suae praejudicium inde creatur. Hac ratione diximus alias, si quis judex civem alterius judicis condemnaverit, eo quod is se jurisdictioni ipsius submiserat, cum tamen non esset in ejusdem territorio citatus, non teneri talis condemnati Magistratum sententiam executioni mandare, quia jurisdictio fundata fuit. Idem est, si lata fuerit sententia per speciem collusionis, ad eludendam jurisdictionem proprii judicis, cujusmodi exemplum usum venit in nostra Curia, quod et alibi indigitatum est. Ordines Transisulaniae petierant ab Ordinibus Frisiae per literas *d.* 3. *Aprilis* 1675. scriptas, ut vim rei judicatae tribuere vellent sententiae, quam Praetor Haxbergensis tulerat pro quodam Tiencne Swartio, qui caedis in Frisiae confiniis patratae accusatus, in vicinam Transisulaniam sufugerat, seque apud Haxbergenses in vincula dederat, a quibus ex sententia Jurisconsultorum, non tamen sine magna rationis specie, fuerat absolutus. Ordines Frisiae rem ad Curiam detulerunt, ubi Procuratore Generali audito, visum est, nimis periculosum jurisdictioni Frisiae, si homicidae fugientes e finibus nostris, ad exteros se recipere, ibique absoluti statim huc redire ac impunitate frui possent. Quando autem exterus judex requisitus executionem suscipit, si tum fiat oppositio spectans ad merita causae et argumenta nullitatis, ea per judicem primum, secundum jus, quod ibi valet, decidi debent; quae vero ad modum executionis pertinet, a judice requisito, et pro jure loci illius decidenda sunt, ut docet Sandius *lib.* 1. *tit.* 12. *def.* 5. ubi exempla videntur.

53. Fuit articulus primus, sequitur, contra quos sententia detur executioni. Dic, contra litis Dominum, *l.* 1. *C. de Sent. et interloc.* eon

(q) *Pos.* 24.

contra Procuratorem, *l.* 22. *et seqq. C. de Procurat.* nisi datus sit in rem suam, vel se obtulerit ipsum, *l.* 4. *in pr. h. t.* qualis etiam defensor, qui pro alio intervenit, ut rea, et *arg. d. l.* 4. ac usus volunt, etsi aliter Struvius *dissert. Justin.* 28. *n.* 2. Tutore vel Curatore condemnato, in pupillum et minorem danda executio, *l.* 4. §. 1. *h.* nisi proprio nomine scilicet obligati, conventi damnatique fuerint; aut etiam nisi se liti obtulerint; hoc est, nisi cum pupillis auctores ad judicium suscipiendum fieri possent, ipsi judicium suscipere maluerint, ait D. Struvius *d. disp.* 28. *n.* 2. idque probat ex *l.* 2. *in pr. de Administr. Tut.* ubi sic habetur: *Si Tutor condemnavit*, id est, *vicit*, *aut condemnatus est*, *pupillo et in pupillum potius actio judicati datur*, *et maxime*, *si non se liti obtulit*, *sed cum non posset propter absentiam pupilli*, *vel infantiam auctor ei esse ad accipiendum judicium.* Quid hoc autem? Toties ne Tutor executioni subjectus erit, quoties pupillum non adhibuit liti, suique dumtaxat ut actoris meminerit? Atqui hoc plerumque fit his diebus, et fere semper in usu nostro, ut probavimus *ad tit. D. de Auctor. Tut. n.* 2. nec tamen ideo quisquam Tutorem in sua qualitate condemnatum executioni dicit obnoxium. Dic igitur, particulam *maxime* non facere positionem contrariam ei, quod antea dixerat Ulpianus; sed evidentius esse quod dixerat, si non potuerit aliter, quam occupare pro pupillo. Nam regula est haec; Tutor vel Curator in ea conditione sunt, ut non videantur se liti obtulisse, *l.* 4. §. 1. *h. t.* quemadmodum de Procuratore dictum *in pr.* Sicut autem Procurator suum nomen praefert et sententia in eum fertur, ut tamen executione non gravetur. ita ratio Ulpiani non patitur, ut Tutor eo, quod suum nomen praetulit, nec ut accessorium pupillo adjecit: executione urgeatur. Nec dubium quin ita servetur in Foro; velim etiam ex sententia Juris Romani.

Porro etiam contra haeredes actio rei judicatae datur, *l.* 6. §. *ult.* etiam mediate tales, etsi mentio haeredum in sententia nulla sit facta: Quae est vis quasi-contractus, quem in Judicio fieri, docet *l.* 3. §. 11. *de Pecul.* Atqui sententia, quatenus a Judice proficiscitur, nihil habet simile contractui; Litis Contestatio est id, quod dicitur *quasi-contractus*; Nam intentio actoris et rei contradictio, reciprocantur et habent instar contractus, novationemque faciunt. *l.* 11. *de Novat.* Unde Pater ex quibus factis filiifam. non obligatur, de peculio actione tamen rei judicatae tenetur, *d. l.* 3. §. 11. *l* 35. *de Noxal. act.* non vi sententiae, sed litis contestatae, etsi haec demum per sententiam effectum sortiatur: eaque est judicati obligatio, quae dicitur in *d. l.* 3. §. 11.

54. Contra fidejussorem judicati exequendi causa sententiam absque novo *processu* executioni dari posse, communis est sententia Bartoli, Baldi et omnium Doctorum ac Interpp., quos enumerat Sandius *lib.* 3. *tit.* 10. *def.* 3. a qua recessit noster Herbajus tersissimae Vir doctrinae, *tract. rer. quotid. cap.* 4. *non sine ratione*, si credimus Sandio *d. def.* 3. de qua tamen dubito, sitne tam praegnans, ut ob eam a communissima doctrina recedendum fuerit. Bene est, quod auctoritatibus sibi non praejudicari patitur Herbajus, sed legem rationemque sequitur. Fundus sententiae communis est lex *ult.* §. 1. *C. de Usur. rei. jud.* Quo loco narrat Justinianus, veteres dedisse condemnatis quidem inducias duorum mensium ab executione, fidejussoribus nullas; *Reis quidem*, inquit, *condemnatis laxamentum duorum mensium praestabat*, *fidejussores autem eodem uti beneficio non concedebat.* Quod reis laxamentum dabatur, id ipsum fidejussoribus negatum fuisse palam est: Reorum autem laxamentum erat ab executione sententiae principalis; Fidejussores egebant eodem beneficio. Ergo etiam executioni erant subjecti, aeque ac principales. Sic etiam jure novo; *Sancimus quadrimestres inducias* ab executione, *quas dedimus condemnatis*, *etiam ad fidejussores eorum et mandatores extendi.* Etiam hic idem utrisque beneficium datur; aut igitur utrique eidem executionis oneri subjecti sunt, aut Caesar stylo suo valde abusus est. Verba, *statim exigere*, de quibus argutatur Herbajus, e prioribus lucem accipiunt, sicut et *Lex* 1. *D. Judic. solvi.* quae docet, *in stipulatione judicatum solvi*, *diem statim cedere*, *sed exactionem in tempus reo principali indultum differri*: scilicet eamdem exactionem, quae fit a reo principali, quae diversa non est ab executione. Et ratio suffragatur: hoc enim actum est inter partes, ut certus esset victor, se judicato vi sententiae potiturum, non quod denuo litigandum esset. Ex Herbaji vero sententia, inter fidejussorem contractus et judicati solvendi nulla foret differentia; quod rationi repugnat.

55. Quid vero, inquit, *si neget factum*, se omnino fidejussisse, aut non scientem fecisse dicat? Si primo reus sit absolutus, deinde nova instantia novoque actionis genere condemnatus, fidejussor inauditus exactione urgebitur; Ita Herbajus et Sandius excipiunt. Ego vero Bartolum et Baldum nunquam adeo juris imprudentes fuisse credo, ut hoc voluerint, fidejussores in talibus non esse audiendos. Habeat hic locum, quod Ulpianus docet in *l.* 9 *pr. de Jurejur.* Postquam *juratum est*, *denegatur actio*, *at*, *si controversia erit*, *id est*, *si ambigitur an jusjurandum datum sit*,

exceptioni locus est. Ita hic quoque; Non est locus novo judicio: at si ambigatur, fidejussio omnino, vel an pro hoc judicato praestita sit, non quidem fit nova in jus vocatio, novaque instantia: sed fidejussor judicatum solvi, ab executore monebitur de sententia lata. Si dicat, ego non fidejussi, non saltem pro hac instantia, similinque, recessum est iterum ab obligatione, et audietur in oppositione sua; sicut ipse reus auditur, si quam habeat notabilem oppositionis causam. In hoc vero differt a fidejussore pro contractu. Hic post rei principalis condemnationem probare velit, causam rei male defensam, esse neglectam, is adhuc audietur, ideoque nova opus est citatione, novoque judicio. De fidejussore judicatum solvi, id abnuit ipse Faber *ad tit. C. de Fidejuss. def.* 8. ad quem ut ὁμόψηφον provocat Herbajus; quia sane Faber etiam tradit, contra fidejussorem judicati solvendi nova opus esse lite, non ut de jure victoris cognito jam iterum cognoscatur, sed ne incipiatur ab executione: addita ratione, quia potest fieri ut fidejussor aliquam habeat exceptionem. Atqui de tali exceptione concedimus eum audiri posse, sed per modum oppositionis contra executionem, non per novam instantiam ut illi volunt. Faber autem nec probat quidquam, nec quidem ita probat esse visum Senatui Sabaudorum, ut Herbajus quidem scribit; ille obiter rem narrat.

Denique ita argumentatur Herbajus, Fidejussor non est condemnatus, nec ulla ejus in lite vel in sententia mentio facta est, Ergo nec adversus eum executio fieri potest. Respondeo: Qui promisit se judicatum soluturum, subjecit se voluntariae condemnationi, quam sine novo judicio sequi executionem, antea dictum, et usu probatum est. Alterum Herbaji argumentum: Si fidejussor absque novo judicio ad solvendum compelli potest, Ergo et hic ad reum principalem redire potest sine novo judicio, non secus ac si et is fidejussori condemnatus esset; Quod quam sit alienum a juris ratione, nemo non videt, inquit. Ego me id fateor non videre; Quid enim; reus est condemnatus, victori solvere debet, executione cogendus; Fidejussor judicati solvendi pro illo solvere coactus est, ut promiserat. Hoccene iniquum aut a jure alienum, ut reus fidejussori absque novo judicio restituat, quod victori, cui fidejussor solvit, solvere condemnatus erat? Imo hoc a Justiniano in *d. l. ult.* §. 1. supponi, recte, nisi fallor, a Bartolo, Cyno, Castrensi, aliisque, ut Herbajus ipse refert, adfirmatum est.

56. (r) Sequitur modus executionis, quo tempus etiam, et res, in quas fit executio, referuntur. Tempus judicati faciendi hodie est quatuor mensium, liberum ab usuris, quae post ejus lapsum debentur centesimae, *l. 2. et l. ult. C. de usur. rei jud.* in pecuniariis judiciis, in realibus et restitutoriis, statim facienda restitutio. §. 2. *I. de Off. jud. l.* 68. *de R. V.* A. Matth. *d. disp.* 12. *th.* 2. Moribus hodiernis nusquam illud spatium temporis observatur, verum e decennio elapso incipit executio. † Sed cum non minus molestum sit hodie, in continenti condemnatos adigere ad praestationem, ac olim fuerit, in multis foris executiones crebris dilationibus eluduntur; ut optandum foret, illis penitus extinctis, jus Romanum hac parte redintegrari. Sed videamus modos juris civilis; Hi sunt, manus militaris, pignorum capio, missio in possessionem bonorum, et carcer. Manus militaris adhibetur, quando quis rem certam sive corpus restituere jussus, non paret judici, cum posset, *l.* 68. *de R. V.* qua de re egimus ad *d. tit. n.* 13. *pag.* 281. *part. praeced.* quanquam et reliqui executionis modi, saepe sine manu militari non possunt administrari, ut de missione in possessionem videmus in *l.* 3. *D. Ne vis fiat ei qui in posses. miss. l.* 5. §. 27. *Ut in posses. Legat.* Etiam in capiendis pignoribus saepe manu armata opus esse contra invitos, satis ipsa res loquitur; quo pertinet, quod Caesar apud *Sueton.* dicitur Vettium captis pignoribus et direpta supellectile male multasse, *in ejus vita.* Quod item Cicero in Philippica prima queritur, Antonium esse minatum, se cum fabris domum illius esse venturum, pignora capiendi praetextu. Sed de missione in possessionem, sequitur Rubrica proprie.

Pignorum Capio est praecipuus exequendi modus, habens locum in condemnationibus pecuniariis, seu certae sive incertae quantitatis, his ad certitudinem postea redactis. Solutione non sequente, fit pignorum capio et distractio, *l. ult. C. de Execut. rei jud.* et late in *l.* 15. *h. t.* ubi et ordo res capiendi distrahendique. Initium fit a mobilibus ac animalibus, dein fit progressus ad immobilia, postremo ad jura et nomina. *l.* 15. §. 2. *et seqq. h. t. et l.* 5. *C. de Execut. rei jud.* Capta pignora post duos menses distrahuntur sub hasta, praesenti pecunia. *l.* 15. §. 2. *et* 7. *h.* Si pignora non inveniant emptorem, addicuntur creditori et volens mittitur in possessionem, ut etsi debitum pluris sit, plus tamen deinceps petere non possit, *d.*

(r) *Pos.* 23. 25. 28. *et* 29.

† Postquam sententia in rem judicatam abiit, petente adversario, intra 14. dies executoriales aut requisitoriales sub 5. thalerorum mulcta sunt expediendae, a judice etiam requisitu praecepti executivi insinuatio, intra idem spatium, sub eadem poena facienda. *O. P. S. E. I. et E. Tit.* 39. §. 1.

l. 15. §. 3. ut verba ibi deserte ferunt, etsi aliter D. A. Matthaeus, et ques ille sequitur *disp.* 13. *th.* 24. *et th. seqq.* Ideirce missio in possessionem rarier est; plerumque res venduntur cuilibet plus licitanti, etiam vieteri. *l.* 2. *et* 3. *C. Si in caus. judic. pign.* Eximuntur mobilium capiecei, boves araterii, et reliqua instrumenta agriculturae, *l.* 7. *et seq. C. Quae res pign. obl. non poss.* stipendia militum, praemia athletarum, quae nec nisi cunctis deficientibus capiuntur, *l.* 4. *C. de Execut. rei jud.* quod Dd. ad praemia librosque Clericorum, scholarium et Advocatorum, instrumenta artificum, et supellectilem necessariam exteoduot. Arma militum, vestesque necessariae, magis est ut plane capi non possint. A. Matth. *d. Disp.* 13. *n.* 17. 18. *et* 19.

(s) Postreme nen est alicuus quoque a jure civili medus exequendi per carcerem. *l.* 1. *et l. ult. C. Qui bon. ced. l.* 34. *h. t. et l.* 9. §. *ult. ad L. Jul. pecul.* Meribus tamen hodiernis frequentier, *posit* 27. *h.* ubi Thomssius. Adde Schilter. *Ex.* 46. *th.* 6. Ord. Proc. Sax. *tit. ult.*

Hic autem modus, ut et Pigeorum capio, vel multae dictio, locum habebit, quando quis ad factum aliquod condemnatur, veluti ad Tutelam administrandam, rationes reddendas, omniaque facta, quibus aliquis ebstrictus est perficiendis. *d. l.* 9. §. *ult.* §. *pen. Inst. de Satisd. Tut.* Poenae corporales in pecuniariis condemnationibus nno habent juris aucteritatem; quippe inanis est actio, quam excludit inopia debiteris. *L.* 6. *D. dol. mal. l. ult. de in jus voc. l.* 1. §. *ult. de Poen.* Sed ut testus illi docent, tantum habeet locum in delictis, ut *l.* 9. *de Incend. ruin. naufr. l.* 7. §. 3. *de Jurisd.*

(t) Hsec ita secundum regulas juris civilis; Moribus hodiernis equidem manus militaris, si victus parere nolit, in abducendis auferendisque rebus adjudicatis, † vel reo ad solutionem cogendo, †† cum sit acque necessaria, cen minus ac in jure Rom. frequentatur: Sed primo post lapsum decem dierum, de quo superius, fit admonitio per executorem, qui fere est Apparitor, maodato Curiae per victerem impetrato ad executioeem cujusque sententiae instructus. Cujusmodi praevie denunciatio tam necessaria judicatur, ut e us emissie vitiosam reddat executionem. Rauchin. 3. *var. Lect.* 14. et Papin. *tit. des execution. art.* 23. praecipiturque Statutis Frisiae *l.* 3. *tit.* 29. *art.* 1. ubi Sandius MS. Quin adhuo duplex fieri debet exactio, nostris quidem legibus. Et tum si non fiat solutio, preceditur ad pigoorum capionem ac venditionem, sic tamen, ut victo detur facultas adsignandi res, quae capiantur et vendantur, qued etiam apud Saxenes receptum esse, netat Thomasius in *schol. ad posit.* 29. *h. t.* Jure civili ut idem preditum non sit, ab ee minime tamen abhorret. Quid enim opus officie judicis et executeris in delectu pigeerum, si quis rem ipsemet offerat? modo non oludendi acimeque perplexandi id agat. Quod si reus ipse nen adsignet, victor patere solet, ut sibi res, in quas executio fiat, adsigeare liceat, qued judex concedit, hac lege, ut victo prius insinuetur, quo ipse adhuc dum adsigoet. Qued tamen facere nemo petest, eisi qui liberam verum suarum habet administratienem; Proinde non valet adsignatie facta per procuratorem sine speciali maodato, neque per mulierem sine aucteritate viri, neo inde vera sequitur alicostie, ut ie Curie nostra judicatum esse, refert D. Sackma ad *d. tit.* 29. *lib.* 3. *Stat. art.* 3. inter *Michaelem Aertsen et Renatam Petri, Ante ferias Pentecostales* 1625. Sed an victor servare debet ordieem juris, ut prius mebilia et animalia, ††† dein immobilia, tum jura et actiones capiat ac vendat? Videtur ad hoc teneri. Lex enim jubet

(s) *Pos.* 27. (t) *Pos.* 30.

† Si reus ad traditionem in actione reali vel parsoosli est condemnatus, praecepto executivo, ut intra 14. dies hoc faciat, injungitur, elapsis istis diebus, si condemnatus interea non paruit, res ei adimenda, et actori tradenda; aut, si res, quae petitur, est immobilis, reus esmittendos, aator varo immittendus, relicta huic administratione, vel etiam, ad hujus preces, constituto sequestro. In concurso etiam, quando res ad subhastationem redit, debitor est ejiciendos, immo et conductor, nisi creditoribus aliud s re sua videatur, licet locarium praenumeravit, aut judiciali hypotheca sibi prospexerit; conductio enim en caso exspirat, et conductor ex concorso suum recuperare tenetur. *O. P. S. E. I. et E. Tit.* 39. §. 4.

†† Si reum ad solutionem condemnari oportet, summa vel quantitas, tempusque, ex quo usurae vel interesse morae computandum, in sententia vel decreto perspicua exprimi debet: quod si loda res sit judicata, judex transmissa liquidatione intra 14. dies solvere reum jubebit, proximum ab elapso 14. dierum spatio diem liquidi constitutioni, insequentem vel sequentium aliquem ipsi executioni faciendae destinabit, in termino debitore comparente, vel non comparente liquidum constituet, sumptus moderabitur, dubia in medio relinquet, et proximo vel insequentium dierum aliquo reapse exequetur sententiam. Executio ista illiquidum etiam, si inde liquidum reddatur, similiter afficit, et jus reale a tempore executionis etiam, hujus nomine tribuit. *O. P. S. E. I. et E. Tit.* 39. §. 5.

††† In creditoris arbitrio onus positum est, num executionem prius in mobilia, an in immobilia, an in nomina et actiones fieri velit, quae ut reus jurate indicet, ab actore peti potest. *O. P. S. E. I. et E. Tit.* 39. §. 7.

eum ordinem, quando reus latitat oeque solvit, aequitas eumdem suadet. Non est tamen nulla executio si aliter fiat: sed reus, aut hi ad quos ea res pertinet, queri, et petere posso videntur, ut si actorio adsignaodo eum ordinem pervertat, in ordinem rodigat. Porro haeo venditio aine dubio habet eadem requisita, quae pignorum venditio conventioonalium, do quib. *ad tit. D. de distract. pign.* ut fiat bona fide, et *publiee*, id est, in judicio vel foro hebdomadali, *Recht of merkdagen*, ut de rebus mobilibus Statuta nostra *d. tit.* 29. *art.* 2. *et* 3. quid de rebus aoli seavandum sit, praecipiuot. Qusm formam lege praescriptam exacto aervandam esse, dubium noo est. Proinde restituenda esso pignora male capta, recte dixeris; etsi debitum ita exactum repeti noo placuerit Ulpiaoo in *l. ult.* §. *ult. D. Quod met. c.* nec Curiae nostrae apud Sandium, *l.* 1. *tit.* 12. *def.* 2. Plura ad hanc rem diximus in *Jurispr. Hod part.* 2. *lib.* 2. *cap. XI.*

Hoc addendum, executiooem nullo modo ulterius extendi posse, quam sententia ferat, per regulam *l.* 63. *h. t.* excepto fidejussoro judicatom solvi, de quo *supra*, et possessoro rei litigiosae ao interim alieoatae; ut probat Gailius *lib.* 1. *obs.* 118. *n.* 1. Saod. *lib.* 1. *tit.* 12. *def.* 4. ubi docet, boe uon habore looum iu rebus pignori datis, nisi possessor actionis hypothecariae super ea re motae couscius fuerit. Quaesitum foit, an maadatum exoqueodi sententiam, per quam reus in rem principalem et in id quod iaterest, aut in usuras erat condemnatus, extoodi possit ad exequendam aestimationem ejus quod interest vel usurarnm deinde faetam. Et judicatum est non posso, io causa *Johannis Martini Gravii, contra Sixtum Botnia, d.* 27. *Octob.* 1613. *referente D. Saekma*; quoniam aestimatio illa per uovam instantiam et peculiarem sententiam fieri solot. Aliud; Condemnatus est aliquis per modum provisionis ad *consignandum* debitum, cujus extat confessio vel chirographum. Executiouis mandatum est emissum, sed uoo habuit effectum. Doin sequitur, ut fit, condemnatio principalis in idem debitum. Mandatum *executoriale* quod dicitor, in causa provisionis impetratum, huic seotentiae priocipali applicatur, et fit executio sine judicis mandato. Quaeritur ao recte: Judicatum est negativo, quia uova est seoteutia, *inter easdem partes.*

Sed est alia hac de re notabilis observatio, quam verbis Sandii not. MSS. ad *d. tit.* 29. *Statut art.* 3. expooam. *Nota*, inquit, *si ex provisionali sententia executio facta, et pignora capta, per subhastationem decretique interpositionem rite distracta sint, emptor plenum dominium adipiscitur. Publice enim interest, quidquid Judex sive definitiva sive interlocutoria condemnatione constituerit, suam habere executionem. Et quamvis postea provisionalis sententia revoeetur, non ideirco pignorum venditio revocanda, quando non tam a sententia vim accepit, quam a publica potestate et auctoritate ejus qui, judicatum exequitur.* Job Dekberus *lib.* 1. *Dec. Belg. disc.* 2. *n.* 5. post. Ant. Fabrum in *Cod. Sub. tit. de Distract. Pign. def.* 23. Tit. *Si vend. pign. ag. def.* 4. Tit. *de Execut. rei jud. def.* 17. *De Error. pragm. decad.* 5. *err.* 5. Atque haeo ita, tametsi ipse Creditor pigous emerit, ut Dekher. *d. loco.*

Hacteous de Pignorum capione, quam sequitur distraetio: Fit etiam, ut pigoora capiantur absquo hoc animo distrahendi, ut inde judioatum conficiatur, dumtaxat ut reus taedio rerum suarum ablatarum, aliquid facti, ad quod condemnatus est, imploat; veloti ad rationes reddendas, ad suscipieodam administrationem, ad uxorem ducendam, aliaque, ut *superius* demonstratum est. Sed *hodie* noo tam pignorum capiooe, quam immissione manus militaris in aedes condemoati, ut illis sumptum et salarium praebeat, quibus impeosis fatigatus judieato parere in animum inducat, haee res administratur.

57. Subjiciamus breviter causas, quibus sistitur et impeditur EXECUTIO. † Est primo appellationis remedium, de quo *inferius.* II. Beneficium restitutionis in integrum, de quo *superius* actum, et quo uou penitus impediri executionem, observavimus *ad d. tit. de Restit. in int. n. ult.* III. Querela nullitatis impeditur executio, *l.* 4. §. 6. *h. t.* si non appareat animo tergiversaodi esse motsm, et probatio in promptu sit; neo enim processus novao probationis, oo lis lite cumuletur, admitti debet. Quae res etiam iu Curia nostra admitti meruit, in allegatiooe falsi Procuratoris, qui rem judicatam obtiauorat, eo quod haee sit nullitatis ratio. *l.* 24. *C. de procurat.* Soilicet, si vere maodatum non intercesserit, io eoque fraus facta fuerit, eaque facilis sit probationis: alioqui pretextu maodati deficieotis, admittere post sententiam oppositiones cootra execut. perieulosum fuerit. Causa illa ratiooe subreptionis, et fraudis in mandato commissae, fuit *inter Albertum Bonerum* contra *Dominicum Sijtsema. d.* 29. *Maji* 1600. IV. Recte opponitur, quod obligatio,

† Executionem sistunt exceptiones solutionis, compensationis, transactionis et rei judicatae, sed et hae non nisi in continenti liquidae *O. P. S. E. I. et E. Tit.* 39 §. 6. Caeterum prolixum nimis foret, hic tradere, quid in venditione mobilium, subhastationeque immobilium juris novissimi sit; legant, quorum interest *h. Tit.* §. 1. *seqq.* juncto etiam *Tit.* 40.

quae per sententiam firmata est, novatione, solutione, aliove modo sit extincta, *d. l.* 4. §. *pen.* quo pertinet etiam, quod receperit id quod petebat. *l.* 1. *C. de Re Jud.* V. Exceptiones Sc*ti* Macedoniani et Vellejani, post sententiam quoque admittuntur. *l.* 11. *de SC. Macedon.* VI. Exceptio doli mali, qua petimus actiones nobis a victore cedi. *l.* 41. §. 1. *de fidejuss.* An etiam illa, quod victor agendi jus non habuerit? Minime, cum ea de re sit judicatum. *l.* 36. *Famil. ercisc.* Costal. *ad l.* 38. *de R. V.* Denique, an et oblato fidejussore potest evitari executio? Non potest, nisi magna ex causa. *l.* 4. §. 3. *h. t.* Ex quo recte dixeris, Judicem posse dilationem executionis aliquando concedere, si condemnatus offerat fidejussorem; quando nec Princeps aliter inducias concedit. *l.* 4. *C. de Prec. Imp. off.* Extra hanc causam, *Induciae Judicis officio contra res judicatas indulgeri non debent, quae alioquin infructuosae et elusoriae redderentur; neque post multa variaque certamina spem et effectum condemnationis excludi decet*, ut ait *l. fin. de Compensat.* Verba Sandii *ad lib.* 3. *Stat. tit.* 30. *in pr.* qui varios adducit ὁμο‑ψήφους, quos heic recensere nihil attinet. Votum addere licet, ut Judices Curiaeque Supremae gravitatem Juris Civilis hac parte malint imitari, quam promiscuis indulgere dilationibus et induciis, aliquando etiam *quinquennalibus*, de quibus *infra*.

(u) Postremo recte opponitur executioni privilegium, quod quis non teneatur ultra quam facere possit. Etenim sunt, qui non in solidum excutiuntur, sed tantum quatenus facere possunt, quos diximus *ad tit. I. de Action. num.* 28. Vir ab uxore conventus, habet hoc jus non modo in dote, sed et in aliis contractibus *l.* 17. *et l.* 20. *h.* imo et ad socerum extenditur, *l.* 21. *h. t.* durante affinitate, *l.* 17. *pr. Sol. matrim. l. pen. de jur. dot.* non ea soluta. *l.* 21. *et seqq. h.* Socii habent hoc privilegium, si omnium bonorum sint, *l.* 16. *h. t.* etiam vero socii particulares, ubi de illa re certa agitur, *l.* 63. *D. Pro Soc.* quae sic non est antinomia, ut vult D. Wissenbach. *ad fin. tit. Inst. de societate.* De filiisfam. hac parte, diximus ad *tit. Quod cum eo, qui al. pot.* Milites huc etiam pertinent. *l.* 6. *in pr. et l.* 18. *h. t.* Nec non fratres, *arg. l.* 63. *Pro Soc.* licet dissent. D. Wissenbach. disp. *ad Inst.* 38. *coroll.*

Scholium.

A militibus communiter extensio fit ad Comites, Barones, Nobiles, Doctores, Advocatos, Clericos etc.

(u) *Pos.* 31. *et seqq.*

Parentes et patronos idem jus habere, diximus *ad tit. I. de Action. num.* 28. denique Donatores, et hi quidem deducunt aes alienum, hoc est, praeter aes alienum, quod prius deducunt, insuper adhuc retinent, quod ad tuitionem vitae necessum est: reliqui obtentu aeris alieni non juvantur, quin solidum iis excuti possit, si tempore executionis patrimonium sufficiat, etsi aliis creditoribus urgentibus nihil reliquum habituri sint. *l.* 19. §. 1. *l.* 49. *et seqq. h. t.* Quantum vero id est, quod talibus relinqui debet? Lex nihil exprimit, nisi ut *egestas* excludatur, *l.* 19. *in fin. h.* quae est *extrema paupertas.* Nam pauper simpliciter dictus, est *modici* homo patrimonii. *arg. l.* 15. §. 15. *de Excus. tut.* junct. *l.* 4. *eod.* Seneca 1. *epist.* 17. *Non est quod paupertas nos a Philosophia removeat, ne egestas quidem.* Habere parum, est *paupertas*, habere nihil, *egestas.* Martial. *lib.* 11. *Non est paupertas, Nestor, habere nihil.* Liber est igitur beneficiarius hic ab egestate, non a paupertate, et hoc judex definiet.

Scholium.

Dubito, an Paulus in d. l. 19. *voce egestas, tam rigide utatur, ut plus inferat quam paupertas; quamvis enim demus auctori, non una vice vocem egestatis ita a Scriptoribus Latinis supponi, non deerunt tamen forte aliorum loca, egestatem et paupertatem synonimice usurpantium. Accedit, quod nec Paulus voce* egestatis *utatur, sed id saltem dicat, relinqui debere donatori, ne* egeat. *Constat autem, non eundem esse semper verborum significatum, et quae a verbis derivantur, vocabulorum. Juvat hanc conjecturam* l. 30. h. t. *Unde potius placet communis Dd. opinio, tantum relinquendum esse iis, qui beneficio competentiae gaudent, quantum iis sufficiat, ut se pro diversitate conditionis ac status honeste exhibere valeant. Adde Nicol.* proc. P. 3. cap. 5. pag. 57.

Responsio.

Ex lege 30. h. t. *nihil aliud colligi potest, quam facultates privilegiati, in tantum non esse exhauriendas*, ut vix quidquam ei in bonis relictum sit. *Item*, aliquid sufficiens *ei relinquendum. Quod si tu ita capias, ut tantum sit relinquendum, quo ex reditibus se reus pro diversitate conditionis ac status sui honeste tueri valeat, ut volunt D. D. et probat Scholiastes, nimis magna strages rebus judicatis inferretur. Patrimonio saepe non spernendo ad ejusmodi sustentationem necessario. Longe civilius est, eum, qui hoc privilegio vult uti ad derogandum executioni*

sententiae, debere se coarctare quantum potest, etiam cis reputationem status et conditionis suae, nec plas ei relinquendum, quam ut ne egeat, *ne quaerere cogatur eleemosynam. Si potest arte vel labore corporis victum exercere, quid ni faciat hoc, ut saltem in partem sumptus proficiat? Certe quam minimum juri creditoris et rerum judicatarum vigori detrahendum esse, gravitas artis et vigor justitiae postulat.* dix. part. 2. Jurisp. Hod. lib. 2. cap. 12. n. ult.

N. Addit.

I.) *Omittitur responsio ad objectionem nostram de significatione verbi* egeo. *Id enim regulariter significat* beduιffen, vonnothen haben, nicht genung haben. Auctor *Rhet* ad *Herenn.* Egens est uon is solum, qui non satis habet sed et cui nibil satis asse potest *Hinc. II.*) *maxime juvat sententiam nostram, quod in* l. 30. *dicitur, aliquid* sufficiens *reo esse relinquendum. III.*) *Aliud est se honeste exhibere, aliud laute. IV.*) *Cum parentum et patronorum gratia inventum sit hoc beneficium, quos liberi et clientes sustentare tenebantur, vix convenit analogiae juris, patrem et patronum adigere velle, ut labore corporis cis reputationem status sui victum quaerant. V.*) *Forte respexit hic opinione sua Autor ad eos, ad quos pragmatici postea extenderunt leges et saepe contra juris rationem, de quibus uti non est hujus loci pluribus agere, ita circa eos non solum adhaererem sententiae auctoris hic appositae, sed et plane eos excluderem ab usu hujus beneficii.*

TIT. II.

DE CONFESSIS.

I. Confessum haberi pro judicato, et tamen damnandum. II. An et in criminalibus. III. Qualis confessio esse debeat.

(a) Proxime ad sententiam accedit confessio rei; *Nam Confessus pro judicato est, qui quodammodo sua sententia damnatur l.* 1. *h. t.* Condemnatio tamen, id est declaratio judicis qua praestatio conveniens ejus Confessioni imponitur ipsi, accedere solet atque debet, opinor, ex *l.* 3. *h. t.* ut recte Cujacius 20. *obs.* 30. quod usui Forensi est consentaneum. Carpzov. *Process. tit.* 13. *art.* 3. Recte tamen dicitur, nullas esse partes judicantis in confitentem, *l.* 25. *in fin ad L. Aquil.* quod attinet ad causae cognitionem, examinationem rei, testium, aliaque; sed nullo alio discusso, judex confessionem sequitur, *l.* 40. §. 1. *de Pactis.*

2. Habet autem hunc effectum judicati, non tantum civilibus, sed etiam in criminalibus. siquidem leges non distinguunt. *l.* 1. *et l.* 6. *et pass. h. t.*

Scholium.

Quod tamen intellige cum limitationibus, quas ex Anton. Matth. refert Wissenb. hic th. 17. *ne obstet* l. 1. de Quaest.

Videbimus ipsi has limitationes *ad tit. de Quaest.*

3. Oportet autem confessio sit in jure facta, vel in judicio. *dd. ll. l. un. C. h. t.* Extrajudiciali haec vis nusquam tribuitur; ne quidem scriptae, nisi quatenus instrumentum de re gesta sit confectum, qua de re in *l. ult. de Prob. et ad tit. de fid. instrum.* Denique, praesente adversario factam esse oportet, dumtaxat praesente per Procuratorem, *l.* 6. §. 3. *h. t.* quod hodie non requiritur; quia non fiunt examinationes praesentibus adversariis, ut olim, verum scorsim apud judices solos, ut *ad tit. de Testib.* auditum est: proinde confessiones ad interrogationes adversarii factae, pro talibus habentur, ut efficiant condemnationem, non quae alias fortuito sermone proferuntur. Oportere etiam certas esse confessiones, et de causa principali peremptorias, sponte res loquitur, *et l.* 6. *in pr. h.* Alioqui argumenta solummodo praebent. De Condemnationibus voluntariis, quae huc etiam referri possunt, *superius* dicta sufficiant. Insignem de Confessis locum habet Mornacius ad *l.* 25. *D. Ad L. Aquil.*

TIT. III.

DE CESSIONE BONORUM.

I. Sententia tituli, et quale beneficium Cessionis. II. Modus cedendi, et effectus ejus. III. Casus quibus cessat hoc beneficium. IV. De cessione extrajudiciali, quam vocant Abandon. *V. De induciis quinquennalibus.*

(a) Debitori condemnato, vel in jure debitum confitenti, vel extra judicium id agnoscenti, permittitur cedere suis bonis; Nam si horum nihil fecerit, non audietur, *l.* 8. *h. t.* cujus rei causam

(a) *Pos.* 1. 2. 3. *et* 4. (a) *Pos.* 1. *et* 2.

Infra videbimus. Conceditur autem haec cedendi facultas beneficii loco quia debitores, *qui* bonis cesserunt, haec duo consequuntur; primo, quod in carcerem conjici vel inquietari non possunt, *l.* 1. *C. h. t.* ne quidem ab aliis quibus debent, habetur in *l.* 4. §. 1. *h.* quorum timore scilicet cesserant, *ut gl. ad d.* §. 1. Alterum beneficium est, quod post cessionem, etsi per eam non liberantur, tamen non tenentur ultra quam facere possunt. *l.* 4. *pr. h.* Rursus conveniri, bonaque iterum vendi non possunt, nisi postea debitor notabiliter sit locupletatus. *l.* 6. *et* 7. *h. t.* Quod salva existimatione fit cessio, *l. ult. C. h. t.* Id minus accurate beneficium vocatur non magis quam prohibitio cruciatus corporalis beneficium est, in *d. l. ult.*

2. Modus cedendi est, *ut* non modo in Jure, sed etiam extra Jus fiat; sufficitque, per nuntium vel per epistolam id declarari, *l. ult. h. t.* modo praecedat agnitio debiti. *d. l.* 8. Cur sine ea non potest fieri cessio? Nonne satis agnovisse videtur debitum, qui propter illud bonis cessit? Non videtur; utique non quantitatem ejus, et si deinde, cum ad facultates rediisset, debitor se opponere vellet; nova lis sustinenda foret creditori, ut inter alia ad hoc requisitum observat *gl. ad. d l.* 8. Ergo si contra alios creditores deinde velit uti beneficio cessionis, ut eum posse diximus, debitum prius agnitum oporteret. Tenetur etiam, debitor ad profitenda bona sua, et creditoribus inquisitio in patrimonium permittitur, *l.* 3. *C. h. t.* ubi. *facultates ipsius oportet inquiri.* Proinde *ita demum cessionis beneficium implorare potest debitor, si prius omnia sua bona creditoribus indicaverit. Gl. et Dd. in l pen. C. h. t. Et cedens, qui bona sua occultavit, non solum hoc beneficio privatur, sed et in duplum ejus quod dolo sc. occultavit:* ita Sandius *ad Stat Fris. lib.* 3. *tit.* 31. *art.* 2. auctorem laudans Jacobum Cancerium *part.* 2. *var. resol. c.* 9. *num.* 15. 16. De omissione beneficii non est dubium; de poena dupli desidero majorem, quam est Jacobi Cancerii, auctoritatem. Lege ad hoc opus est, opinor; furto enim etsi res haec affinis est, proprie tamen furtum non est.

(b) Facta cessione, creditores bona vendere, pretiumque in solutionem crediti sui convertere debent. *l.* 3. 4. 7. *h. t.* Nec enim possunt creditores auctoritate sua *dividere haec bona, et jure dominii detinere, sed venditionis remedio, quatenus substantia patitur, indemnitati suae consulere permissum est,* habetur in *l.* 4. *C. h. t.* secus si fecerint, nullo tempore eas res usucapere possunt, *d. l.* 4. *C.* nec deinceps actionem in id quod amplius eis competit exercere possunt, *arg. l.* 15. §. 3. *vers. nam. si Creditor. de Re Judic.* Caeterum, quamdiu venditio facta non est, Debitor qui bona cessit, habet poenitendi locum, et solvendo, vel defendendo se, consequi potest ne res vencant. *l.* 3. *et l.* 5. *h. t.* Est etiam res liberae voluntatis cedere bonis, nemo ad hoc cogi potest, *l.* 1. *et t. D. et. C. h.* adeo ut perperam agant creditores, ut vidi facientes, qui contendunt, ut debitor condemnetur ad cedendum, vel bona relinquenda, executionis media urgere debent; voluntatis actum extorquere non possunt. vid. tamen ad *tit. de Curat. bon. dand. in fin.*

3. (c) Sunt etiam casus, quibus cessat hoc beneficium. I. Si debitor non agnoscat debitum, ut habuimus ex *l.* 8. *h. t.* II. In causis criminalibus, etiam pecuniariis, nam in his locum habet regula *l.* 1. §. *ult. de poen.* Qui non est solvendo, luat in corpore, licet aliter indicare videatur *Lex ult.* §. 4. *C. de Custod. reor.* Sed illa constitutio non est pars juris Justinianaei, inserta ex Basilicis, ut apparet. *Damnatus ex crimine*, ait Sandius noster MS. ad *art.* 1. *d. tit.* 31. *lib.* 3. *Statut. Fris. ad solutionem mulctae civilis, vel damni aestimationis, non juvatur hoc beneficio cessionis.* citans Grivellum *decis.* 78. Jac. Cancer. *part.* 2. *Resolut. cap.* 9. *n.* 38. Diss. tamen Covarruv. *lib.* 2. *Resolut. c.* 1. *n.* 8. Ant. Tessaur. *Decis.* 182. III. Cessat in causa tributorum et vectigalium, etsi tales jure civili ad poenam corporalem non teneantur, sed omnibus bonis excutiantur. *l.* 2. *C. de Exact. Tribut.* Idque moribus ita servatur. Imbert. *Inst. forens. c.* 6. *in fin.* Burgund. *ad consuet. Flandr. tract.* 10. *n.* 10. Porro Justinianus cedendi necessitatem IV. remisit iis, qui bonam copiam ejurarent, hoc est, jurejurando adfirmarent, se nec habere unde solvant; neque fecisse quo in eum statum devenirent, *Nov.* 135. *c.* 1. sed haec constitutio nusquam recepta est. V. Negatur cessionis beneficium non modo fraudatoribus, qui bona sua non fideliter profitentur, de quibus est dictum, *sed etiam Decoctoribus; Indulgetur enim hoc beneficium iis qui vitio fortunae, non suo, facultatibus lapsi sunt; At qui sua culpa, datave opera res suas ad aliorum perniciem decoxerunt, carceri mancipantur;* Ita notat Sandius MS. *ad d, tit. Stat. Fris. art.* 2. auctores laudans Stranch. *de Decoctor. P.* 2. *num.* 1. *et seq. part.* 3. *n.* 1. *et seq. part.* 7. *n.* 1. Frider. Husanum *de propr. homin. c. ult. num.* 89. P. Heigium *Quaest. jur. P. I. Quaest.* 31. Haec ipsa juri communi convenientia, nostris aliorumque populorum Statutis inserta sunt, dum petentibus hoc beneficium

(b) *Pos.* 5. 1. *et* 9. (c) *Pos.* 3. 4. *et* 8.

iojungitur, ut probeot, se absque sua culpa desiisse solvendo esse; ut exhibeaot inveotarium, nec quidquam eelent, et similia passim obvia. Quarum rerum srgumento, Thomasins *hic* laudst Schilterum *Ex.* 46. *th.* 8. 10. tradentem ita; Jus Romanum parum discrepare a jure hodierno, quod non nisi creditorum consensu aut Principis decreto cessionem fieri permittit. Equidem principis auctoritas Jure civili novissimo requiritur, et haetenus oreditorum consensus, quod hi eligere possnnt, utrum cessionis beneficium, an quinquennales Inducias eoncedere velint. *l. ult. C. h. t.*

(d) Sed quia cessionis *beneficium* usu hominum transiit in *maleficium*, Legibus et moribus hodiernis longe difficilior via cessionis * est constituta. Debitor enim hoe jus petere drbet a Principe, vol a Curia Suprema. Literis hujus beneficii impetratis, ut earum effectu gaudeat, debet citare creditores suos, *intra mensem*, ut apud nos, ot coram illis in judicio ipse, non per nuntium, epistolam, aut procuratorem, exhibere litoras beneficii, ac petere, ut *interinentur*, fide publica facta, sioe culpa sua redsctum se esse sd inopiam; cum iuventario jurato omnium bonorum suorum, et declaratione, se quidquid habet, destituere creditoribus, retenta sibi tantum veste quotidiana. Quod si Creditorum aliquis, (unus sufficit) narratis se opponat, et fraudem srguat, Impetrans beneficii cogitur se conferre in oarcerem, ihique manere, donec super ejus petitione summatim judicatnm sit. Quam si contingat ei denegari, vult Lex nostra, ut sine novo processu, publicae ignominiae, sententia rejectionis pectori auffixa, per dimidiam horam exponatur, quemadmodum id executioni datum est adversus quendam *Piecke Poppes*, *d.* 15. *jul.* 1606. Quid autem, si creditores non contenti hac igoominia negatae debitori cessionis, diutius eum detinere veliot, donec lis solvat, poteruntne rursus eum iocludere carceri? Posse videbantur, quia liberatio a carcore est beneficium cessionis; quod ei negstum. At Curia nostra censuit hoc creditoribus esse negandum, in causa *Laurentii van Voort*. *d.* 17. Octobr. 1617. duplici, ut videtur, ratione. Prima, quod Lex nostra post ignomioiam publicam, nihil addit, quam reum manere creditoribus obligatum. Altera, quod expositio ignominiosa sit exercitio poenalis, post qoam reos carcere liberari, moris et juris est. Quaesitum est, an contra mulieres debitrices haec severitas exerceri queat; ** eo quod mulieres propter civilia debita prohibrntur includi. *l.* 1. *et Auth. Hodie. C. de off. divers. jud.* Sed hujus legis usum, a Theodosia forsitan Impetratrice ortum habentem, ad hoc seculum pertinere, non est visum Senatui, *in causa Petri Clock*, *contra Inte Poppes ante ferias Quadrag.* 1610. idemque Senatui Pariensi visum, teste Roberto *lib.* 2. *rer. judicat c.* 6. impetrata cessionis venia, nostris aliorumque Legibus, alterum ex beneficiis, ne teneantur ultra quam facere possiot et ne, quod modicum dein adquisiverint, ipsis adimatur, *l.* 6. adeo coarctatum est, nt ad nihilum prope redactum videatur. Praecipitur enim his, quibus bonis cedere permissum est, ut quidquid deinceps adqnisiverint, commodo suorum creditorum consignare teneantur, neo quidquam sibi retineant, quam culcitram lecti, et de singulis suppellectilibus unam speciem, modo non sit ex auro, argento, vel stanno, aliave majoris pretii materia. *d. tit.* 13. *art.* 3.

4 (e) Forte de hac severitate Legum municipalium, quam fateor habere oausam justissimam dicere liceat: *Excessit medecina modum*, Et nocet nimius rigor, cui psres non sumus. Vivimus seculum, quo nec mala, neo remedie nostra ferre possumus. Ea re factum, ut neminem mea memoria beneficium cessionis implorassit viderim. Sed magno hominum impetu itum est in cessionem, ferme ad exemplum Juris Romani veteris, Gallica voce appellant *Abandon*. Debitor, qui non est solvendo, convocatis creditoribus suis, in judicio vel extra judicium, declarat, se bona sua illis cedere. Possunt equidem non acceptare ejusmodi cessionem; sed rarissime negstur si nulla sit malae fidei suspicio. Nullum quidem juris beneficium consequitur hoc modo debitor; sed facto et usu idem fere, imo plus quam Cessio tribuit, consequitur. Non in carcerem conjici, quis enim famelicum alat gratis? Nec modicum deinde quaesitum ei solet auferri:

(d) *Pos.* 6. (e) *Pos.* 7.

* Ita secundum Jus nostrum, cessio bonorum invitis creditoribus debitorem, a carcere publico non liberat. *P.* 2. *C. Fl.* 12. §. *Und. es soll. ihm davon.* Carpzov. *ad eand. def.* 12. *j. def.* 15. inprimis si dolo, vel lata etiam culpa debitor solvendo esse desierit. add. *Ord. P. S. T.* 52. Svendend. *ad Fib. pag.* 1028. *sq.* a quo tamen immunes sunt personae illustres, et quae beneficio competentiae gaudent. Carpzov. *d. l. def.* 18. Barlich. *P. v. Concl.* 28, *n.* 3. In Saxonia Communi debitor non solvendo existens, adjudicatur ad manus Creditoris, qui eum vinculis inclusum tenere, ejusque servitiis tam diu uti potest, donec integrum debitum praestiterit. *a. LR. l.* 3. *art.* 39 *Wb. art.* 27. Carpzov. *ad d. C. def.* 1. Richt. *Dec.* 41. *num.* 51. quae poena in Electoratu sublata est, *d. C.* 22. §. *Unp nachdem.* Carpz. *ad eand. def.* 2.

** Jure Saxonico Electorali, femina, quae de jure suo admonita ob debitum proprium ad carcerem se obligavit, ab incarceratione non est immunis, *P.* 2. *C. Elect.* 21. §. *Ob denn auch wohl.* secus Jure Sax. Comm. obtinet. Carpzov. *ad d. C. def.* 9.

Etsi verum est utrumque, si quis id operae pretium putet, fieri posse. Numquid etiam post acceptationem Cessionis? Ita videtur. Nam acceptatio talis Cessionis nihil continet quam quod vox sonat, bona debitoris accipi in solutum pro modo substantiae, de reliquo nulli parti juris sui renunciant creditores. Bona hoc etiam modo cessa, vendi, non dividi inter creditores, aut jure dominii possideri oportet. *l.* 4. *C. Qu. bon ced.* Proinde si creditores acceptata Cessione extrajudiciali, bona non redegerint in inventarium neque publice vendiderint, verum inter se partiti sint, deinde reversum ad facultates debitorem de reliquo convenire non possunt: Ac ita consultus respondi hominibus Harlinganis, *d.* 27. *November.* 1687. Eaque res satis frequenter usu venit. Saepe etiam debitores paciscuntur, ne postbac amplius conveniantur; quod tamen crebrius apud Batavos accidit: ubi debitores foro cedentes, in locum alienae jurisdictionis tanquam in asylum se conferunt: Inde petunt a Principe sive ab Ordinibus, *salvum conductum* sive securitatem corporis. Eaque tanquam arce muniti, creditores suos ad paciscendum provocant. Ingens materia Querelae et reformationis; sed quae non est hujus loci.

5. Antequam Cessio bonorum perficiatur, usu venit frequenter, ut debitores petant a creditoribus inducias, aut, si ab illis impetrare nequeant, a Principe, vel a Curia Suprema vicem Principis aliquando exercente, ut apud nos instituitur. Est etiam hoc jure Civili proditum, *quando a Cesarea Majestate petitur, ut ad miserabile cessionis bonorum venire liceat auxilium, et electio detur creditoribus, vel quinquennale spatium eis indulgere, vel bonorum accipere cessionem. l. ult. C. Qui bon ced. poss.* (f) Quae constitutio non meminit cautionis a debitore praestandae; sed ea sine dubio supplenda est ex *l.* 4. *C. de Precib Imp. off.* ubi sancitum est, *universa rescripta, quae in debitorum causis super praestandis dilationibus promulgantur, non aliter valere, nisi fidejussio idonea super debiti solutione praebeatur.* Tum primo Creditorum agitur conventus, et quod major eorum pars statuerit, hoc observatur. Pars autem major non tantum ex numero, sed etiam ex summa debiti colligitur. Pari autem quantitate debiti reperta, dispari vero creditorum numero, tunc numerus creditorum praevalet. Si vero tam quantitatis quam numeri creditorum aequalitas inveniatur, tunc humanior sententia praefertur et induciae conceduntur. Denique, personales creditores in hac electione decernenda, tantundem valent ac hypothecarii, sine praejudicio tamen juris hypothecarii in debitis partiendis. *d. l. ult.* An etiam pars major creditorum potest cogere minorem partem ad remissionem de ipsa debiti quantitate faciendam? Non potest *d. l. ult. v. In rebus autem.* Exceptis duobus casibus, quos habuimus ad *tit. D. de Pact. n.* 12. *p.* 111. *part. praec.* Nostris Statutis, cui gentes aliae consentiunt, diserte quoque cautum est, ne literae publicae edantur, quibus minor pars aut aliqui creditores cogantur ullam partem debiti remittere, vel inducias concedere, nisi cautione praestita. *l.* 4. *t.* 30. *art. ult.* Quid igitur, an cautione data coguntur etiam debiti remittere partem creditores inviti, cum pars major consentit? Res est magni usus. Statutum sic ait (*Literae nullae dantur, quibus creditores consentire cogantur Pactioni, a debitore cum majori parte creditorum factae: Ita ut tenerentur ejusmodi pactione remittere partem debiti, vel inducias concedere, aliter quam praestita cautione.* Quaeritur, an haec ultima verba, *sonder te stellen Cautie*, pertineant ad utrumque membrum Legis, remissionem debiti et inducias, an vero ad inducias tantum. Quod ad utrumque pertineant, idcirco dicendum videtur, quia haec verba claudunt orationem totius articuli. Sed magis est, ut ad ultimum membrum, quod est de induciis, solummodo pertineant, idque ob has rationes. I. Quia per totum illum titulum agitur de induciis sub cautione permittendis, nihil de parte debiti; verisimile igitur est, *in art. ult.* cautionem ad easdem inducias referendam. II. Quia quod jure civili tam graviter constitutum est, in substantia debitorum ipsa non praejudicari creditoribus plurium consensu, non potest neque debet videri Statuto tam obiter esse abrogatum: Si hoc voluissent Legislatores, rem notabilem verbis clarioribus et indubitatis exposuissent. Atque in eam partem usus fori, quod observare licuerit, inclinat. Agunt hac de re Boerius *decis.* 296. *num.* 3. Marant. *de Satisdam. n.* 23. Pap. *decis.* 109. *in fin.* Dekher. *lib.* 1. *decis. Belg. dissert.* 10. *n.* 10. *et seqq. ex* Sand. MS.

Quod autem ad inducias attinet, si Creditores in eas consentire nolint, et debitor bonis cedere gravetur, Princeps aut Curia, inquam, literas in eam rem edere potest petenti, praevia cautione, et auditis summatim creditoribus. Sedquia rarius accidit, ut homines ad eum statum redacti fidejussorem invenire queant, hinc literae *Quinquennalium* rarissime frequentantur, et res plerumque exit in Cessionem extrajudicialem, modo descriptam.

(f) *Pos.* 37. *tit.* 1. *h. l.*

T I T. IV.

QUIBUS EX CAUSIS IN POSSESSIONEM EATUR.

I. Sententia tit. et an detur haec missio ex duplici decreto. II. Quibus detur et prosit.

(a) Si debitor non eedat bonis, verum latitet sive jam condemnatus, sive primitus se non defendens, Creditores in possessionem omnium bonorum ejus a praetore mitti possunt. *l.* 2. *et l.* 7. *h. l.* 6. *C. de Bon. auctor. jud. possid. l.* 2. *et l.* 3. *C. Qui pot. in pign.* Missio in universa bona, fit ob tres eausas, legatorum, ventris nomine (de his dictum suis titulis) et rei servandae gratia. *l.* 1. *h.* Ob rem servandam mittuntur ereditores ex duplici edicto atque decreto: primo eustodiae eausa, si non constet debitorem animo fraudandi latere, *l.* 2. *pr.* §. 1. *h.* alterum est distractionis ergo, ubi de animo fraudandi constet, *l.* 7. §. 1. *h.* et si ab initio fraus liquest, edietum distractionis statim obtineri potest. *d. l.* 7. §. 1. *et seqq.* Ita liquet, primum et secundum decretum, quod de damno infecto dari supra intelleximus, ab hoc duplici decreto esse diversum, secus ac *Dd. comm.*

SCHOLIUM.

Qui duplex decretum in hoc titulo agnoscunt, ii vel id confundunt cum duplici decreto damni infecti, vel ab eo distinguunt. Prius videtur facere Hahnius ad Wesenb. tit. de damn. inf. passim. *Conf Schilter.* Ex. 14. th. 46. *Posterius auctor hic, et Strauchius in priori editione, cujus verba dedimus* in not. ad XXIV. 9. p 343. seqq. *Ergo quod Dissentientes attinet, quos inter est Wissenb.* ad tit. de damn. inf. th. 15. et 16. *Strauch.* Ex 24. th. 2. *eorum rationes contra priorem expositionem aliquid valent, non contra posteriorem, ut ostendimus* in not. Strauch. d. l. pag. 344. *Caeterum, Jure Saxonico quomodo in reum ab initio latitantem procedatur, ostendit* Ordin. Proc. tit. 10.

2. (b) Missio autem prodest omnibus, etiam contra quos non latitavit debitor, *l.* 7. §. 7. *h. l.* 12. *pr. de reb. aut. jud. poss.* modo reliqui in eadem provincia eis biennium, absentes intra quadriennium certiores faciant missos, et partes sumptuum ferant, *l. ult. C. de bon. auct. jud. possid.* ut tamen qui sciens cum fraudatore contraxit, cum caeteris ereditoribus non veniat in partem. *l.* 25. *tit. seqq.*

(c) Datur etiam ereditori conditionali *l.* 6. *h.* Imo non datur, *l. pen.* §. *ult. h.* scilicet ex Edicto primo, quod ad effectum distractionis, quae non competit ante existentem conditionem, verum eustodia datur ipsi *ex d. l.* 6. Denique hanc possessionem longe diversam esse ab ea, quae fuit *tit. de adq. poss.* satis evidens est. vid. *l.* 3. §. *ult. de adq. poss.*

T I T. V.

DE REBUS AUCTOR. JUD. POSSIDENTIS SEU VENDUNDIS.

I. Jus et effectus missionis in possess. II. Differentia inter missionem, quae fit rei servandae, et exequendi gratia. III. Aliud discrimen.

(a) Quando missio in possessionem bonorum facta est, primo quidem Creditores adipiscuntur jus pignoris Praetorii, quod tribuit illis actionem hypothecariam. *l. ult. C. de Praet. Pignor* Sed quia missio facta et impetrata ab uno, prodest etiam caeteris ereditoribus, *l.* 12. *h t.* hinc cessat inter eos privilegium ordinis, ut diximus ad *tit. Qui pot. in pign. n.* 23. *pag.* 64. Sed respectu tertii, non cessat privilegium temporis. *l.* 2. *C. Qui pot. in pign.*

2. Qui textus *et sequ.* collati cum his, quae dicta sunt, interesse docent multum inter missionem, quae fit rei servandae gratia, et inter eam, quae fit exequendae sententiae causa. De priore verum est quod antea diximus, in eo non esse locum privilegio temporis, nisi contra diversi ordinis creditores; Ita qui primus in possessionem rei servandae gratia missus est, praefertur ei qui deinde judicati causa missus est, *d. l.* 2. cui non praeferretur, si hic tanquam creditor personalis, ut tempore missionis fuerat, illam, quae rei servandae causa petita fuerat, participare voluisset. per *d. l.* 12. *h. t.* Sed qui pignus judicati adeptus est, creditoribus aliis personalibus eodem tempore existentibus praefertur. *l.* 3. *C. d tit.*

(a) *Pos.* 1. 2. 3. *et* 4. (b) *Pos.* 5. *et Pos.* 4. *tit. seqq.* (c) *Pos.* 6. *et* 7. (a) *Pos.* 1.

3. In hoc etiam differunt missio in possessionem, quae rei servandae gratia, cum debitor indemnatus latitat, et quae fit judicati exequendi causa. Priore casu missi, tantum custodiam et observationem rerum consequuntur, *l.* 3. §. *ult. de Adquir. poss.* etiam quandoque fructuum colligendorum potestatem. *l.* 7. *in. pr. et* §. *ult. Quib. ex caus. in poss. eat. l.* 8. §. 1. *et l.* 9. *in pr. h. t.* Et si debitor, missione spreta, creditores frustrari pergat, impetrant illi decretum de bonis vendendis, quemadmodum diximus *ad tit. Ex quib. caus. in poss.* sic tamen, ut si ante bonorum venditionem existat, qui reum defendere, vel solvere paratus sit, bona restituantur una cum fructibus, habita ratione impensarum a creditoribus factarum *l.* 9. §. 2. *et* 4. *de Reb. auct. jud. possid.* Possessio vero, quae fit judicati exequendi causa, statim hac gratia decernitur, ut fiat distractio, in judicati satisfactionem. *l.* 15. *de Re Jud. et tot. tit. C. de Exec. rei jud.*

TIT. VI.

DE SEPARATIONIBUS.

I. Quid sit, et quibus competat Separatio. II. Quibus casibus cesset,

(a) SI plures sint creditores, et diversi generis, separationem bonorum impetrare possunt; quae est beneficium, quo creditores defuncti petunt, ut bona mortui dividantur a bonis haeredis oberati, ut sibi solis exinde satisfiat. *l.* 1. §. 1. *h.* Tantum habet locum in debitis mere personalibus. Nam hypothecarii ipso jure sic distinguuntur, ut creditores, qui bona defuncti habent obligata hypothecae, in iis praeferantur haeredis creditoribus, etsi primo auditu παράδοξον hoc videatur, ut ex iis, quae in utramque partem e Sandio *lib.* 3. *tit.* 12. *def.* 13. proferuntur, apparet. Sed ratio est, quoniam hypotheca est jus in re, quod semel in rebus defuncti stabilitum, iis eximi non potest, quae ratio cum cesset in personalibus, sequitur, hujusmodi creditores, qui cum defuncto contraxerunt, concurrentes cum creditoribus haeredis, hisce non praeferri, nisi petierint separationem, de qua loquimur. Qua petita, si quid ex defuncti rebus supersit, hoc sine dubio pertinet ad haeredes ejusque creditores; at ipsis si quid deficiat, et rebus haeredis aliquid supersit, ad illas non habent actionem; *l.* 1. §. 17. *et l.* 5. quod tamen corrigitur in *l.* 3. §. *ult. eod.* Aliter Wisenbachius *h. t. th.* 10.

2. (b) Cessat hoc beneficium, quando haereditas bona fide distracta, *l.* 2. *h.* vel res haereditariae bonis haeredis mixtae sunt, *l.* 1. §. 12. creditoresque in integro cum haerede contraxerunt, *d. l.* 1. §. 10. *et* 11. denique, post quinquennium ab edita haereditate. *d. l.* 1. § 13. Negatur etiam creditoribus haeredis, quoniam his nihil novi accidit de quo conqueri possint; at creditores defuncti inciderunt in haeredem, cum quo prius nihil egerunt, et cujus aeri alieno non est quod implicari se patiantur. *l.* 1. §. 1. *et seqq. h.* Tu dices? Nonne, si haeres onerosam haereditatem adeat, id aeque grave est ejus creditoribus? Ut ut sit, tamen est ita, quod quilibet debitor novo aere alieno conditionem sui creditoris facere possit deteriorem, hic ipsum, ut libet, urgere vicissim potest ad solutionem. *d. l.* 1. §. 2. Caeterum, si quidam ex creditoribus beneficium separationis non petant, hi creditoribus haeredis connumerantur. *d. l.* 1. §. 16. Denique et haeres necessarius, si bona defuncti non attingat, hoc ipsum beneficium impetrare potest. *d. l.* 1. §. *ult.*

TIT. VII.

DE CURATORE BONIS DANDO.

(a) MIssione facta, Praetor Curatorem bonis constituit, ex consensu creditorum, et ipsius consensu, nam invitus non cogitur, quia non est munus publicum. Sand. 2. 9. 11. Fere eandem habent potestatem in bonis possessis, quam Curatores alii in bonis minorum, eandemque culpam praestant, licet respectu debitoris, non nisi de lata teneantur. *l.* 2. *pr. et* §§. *seqq. et l.* 9. §. 5. *de reb. aut. jud. poss.* Finis ejus est, ut bona non modo administret, sed tandem quoque distrahat, singulisque creditoribus satisfaciat. *l. pen. l. ult. h.* Atque

(a) *Pos.* 1. 2. 3. *et* 4. (b) *Pos.* 5. 6. 7. *et* 8. (s) *Pos.* 1. 2. 3. *et* 4.

ejusmodi Curstor non tantum constituitur el debitos latitet, verum et ei bonis forove cesserit. *e. l. ult.* Quio et si in medio adhuc versetur, sed omoie negligst, et σύγχυσις creditorum ao confusio rerum fiat, res vult, ut Curstor bonis detur, et io eum finem creditoree edversus eum agere possunt, ut fit. Addecie quae ed calcem. *tit. seq.*

T I T. VIII.

QUAE IN FRAUD. CRED. FACTA SUNT, UT RESTITUANTUR.

I. Sententia Edicti, et quibus prosit. II. An etiam alienare videatur qui non adquirit. III. An curator bonorum hanc actionem movere possit.

(a) Circa missionem in bone debitorum, frequens est quaestio, de his que io freudem creditorum alienata sunt. Si hoc post missionem decretam sit factum, habent creditores chirographarii utilem hypotecariam ex pignore Praetorio. *l.* 2. *C. de Praet pign.* Si ente, habent Paulianam, de que diximus ad *tit. de Action. n.* 9. Qui ignarus est fraudis, oon teoetur, inquam, nisi lucrativo titulo rem nactus, *l.* 6. §. 9. *et* 11. *h.* qualis oon eet Dos, *l.* 56 §. 1. *de jur. dot. l.* 20. *C. eod. l.* 21. §. 1. *de Don. int. vir. et ux. et l.* 21. §. 1. *et* 2. *h. t.* nec etiem epoosio. Sand. *lib.* 3. *tit.* 13. *def.* 2. Sed et crediter, qui sine gratificationo aut vi, suum ante missionem occupavit, non tenetur, *l.* 24. *h.* oisi hypotheeam habeaot alii potiorem, quo easu extantem pecuniam vindicare possuot, *l.* 3. *Quod cum eo, qui in alien. pot.* de consumpta oemo oisi fiscus egere potest, *l.* 18. §. *ult. de jur. fisc.* item haeres, qui inventarium fecit, et praepostere solvit *l. ult.* §. 6. *C. de jur. delib.* Alloqui pretium oon succedit iu loeum rei, *l.* 1. *de distraet. pign.* nisi protostati fuerint creditores contre venditionem Sand. *lib.* 2. *tit.* 12. *def.* 27. in quo vide plura ad banc rem pertineotia. Potest etiam et debet eurator bonorum uni solveos, exigere cautionem de refundeoda pecunia, si alius potior accedat. *arg. l.* 52. §. *ult. de Pecul.* Alienasse etiam videtur, qui oppigoorevit, *l.* 10 §. 13. *h. t.* quique alio genere modoque hypotheeee fecit, ut quidam creditores jus potius haberent. *l.* 2. *h. t. l.* 10. §. 13. *et l.* 22. *h. t.* Ex gr. si debitor creditoribus hypothecas privatas habentibus, dederit publicum crediti et hypothecae instrumentum, cujus vi aliis creditoribus tempore quidem prioribus, eed privata iostrumenta habentibus praeponantur, juxta *l. scripturas.* 11. *C. Qui pot. in pign.* idque paolo aotequam debitur bonis cederet. Saod. *lib.* 3. *tit.* 13. *defin.* 1. Non alienat, qui jus sibi competens repudiavit. l. 6. *pr. et* §§. *seqq. h. t. l.* 19. *et l.* 20. *h. t.* Saod. *lib.* 3. 13. *def.* 3.

(a) *Pos.* 1. 2. 3. 4. 5. 6. *et* 7.

SCHOLIUM.

Intelligo jus ad rem, non si dominio jam adquisito renunciet. Id enim, ni fallor, volunt verba Ulpiani. l. 6. pr. et §. 2. h. t. *Et haee etiam mihi videtur fuisse ratio decisionis, in praejudiciis Scabinorum Lipsiensium a Carpzovio* Decis. 161. *citatis, eoque inclinat ipse Carpzovius* in n. 22. d. decis. *Nam reliqua, que ibidem affert, non tollunt controversiam, per ea quae jam dicentur. Non obstat sententiae huic* l. 19. h. t. *ubi pater haereditatem, quam utique in dominio habebat, ante tempus mortis suae, contra voluntatem uxoris, quae eandem filio demum post mortem mariti restitui voluerat, filio restituit, et tamen creditores non fraduasse dicitur a Papiniano. Nam respondeo: non illum casum ibidem subesse, quod pater rogatus fuerit ab uxore haereditatem filio restituere post mortem suam, alias enim decisio* d. l. 19. *aperte esset contra* l. 10. §. 12. h. t. *sed fideicommissum simpliciter fuisse relictum, patremque non expectata morte sua filium emancipasse; et ita post emancipationem ex voluntate testatricis haereditatem restituisse filio.* conf. gloss. ad d. l. 19. *His praesuppositis, patet, quod sentiendum sit de sententia quorundam JCtorum, inter repudiationem lucri delatè seu praesentis, et deferendi seu futuri ac incerti distinquentium, et hanc quidem in fraudem creditorum fieri posse arbitrantium, non vero illam. Vid. Dn. Schilter.* d. Ex 46. th. 52. *cum quibus etiam facit Carpz.* d. l. *Neque enim lucrum delatum repudiare prohibent* d. l. 6. §. 1. et seqq. d. l. 19. et 20. h. t. *neque usquam in repudiatione lucri fraudem committi, sed potius creditores non esse fraudatus, asserunt iidem textus. Si hoc notes, facile respondere poteris ad objectiones Dn. Schilteri* d. l. *putantis, adversus eum, qui lucrum deferendum etiam repudiat, remedium*

Juris Canonici, aut delationem jurisjurandi concedendam esse, cujus quidem opinio non juvatur per arg. l. 45. pr. de jure fisci, *ad quam cum communi doctorum Schola responderem, exceptionem a regula* d. l. 6. h. t. *in eadem contineri, (quod forte etiam ex mente Triboniani defendendum est) nisi verba generalia, quae rationis loco ibidem posuit Paulus*, aeque enim in omnibus fraus punitur, *ostenderent, eum hac parte, quamvis sine praegnante ratione, a Preceptore suo Papiniano et Collega Ulpiano, pro more dissensisse, docuisseque, etiam repudiationem lucri ad alienationes fraudulentas, edicto Praetoris prohibitas spectare. Conf. de hac quaest. Sand.* d. l. et Wissenbach h. t. th. ult.

2. Recte Thomasius renunciationem juris delati, et praesentis, in praejudicium creditorum valere contendit, non etiam plane adquisiti. Quod enim semel pleno jure quaesitum fuit, in hoc creditoribus ex Edicto hujus tituli jus quaesitum est, quia patrimonium debitoris tum est diminutum; quod non fit, si adquirere noluerit, ut docent Ulpianus et Papinianus in *d. l.* 6. *et* 19. *h. et l.* 134. *de R J.* Ac ita judicatum memini e Suprema Curia nostra, in causa parentis mei, contra malum debitorem. Hic haereditatem sibi delatam a propinquo, Sorori, cum qua colludebat, soli in necem creditorum relinquere volebat: sed Notarius, quem adierunt, ut ea de re conficeret instrumentum, scripserat, eum cedere suum jus haereditarium sorori suae, idque totum in eam transferre, cum simpliciter repudiare debuisset. Cessionis hujus copiam nactus creditor, contendit ad revocationem, et obtinuit eo facilius, quod esset hypothecarius: Nam quia debitor haereditatem sibi delatam non poterat cedere nisi penitus adquisitam, et hoc ipso tantum quoad aditam, eodem momento creditoris hypotheca generalis illam haereditatem adficiebat et obnoxiam hypothecariae reddebat, per *l. ult. C. Quae res pign.* Nec tamen creditori personali non idem jus competeret ex hoc Edicto Praetoris; secundum ea quae diximus, et quae habet Sandius *d. def.* 3. et Thomasius in *scholio*, qui recte respondet ad objectiones, nisi quod ad *l.* 45. *de Jure Fisci*, non debuit aliam, praeter exceptionis causam in favorem Fisci, quaerere responsionem. Nam quod ultima verba *d. l.* 45. *pr.* attinet, *aeque enim in omnibus fraus punitur*, ex quibus ille putat Paulum idem in omnibus statuere creditoribus, eorum non obscure mens est alia. Dixerat, non tantum donando, sed et quovis alio modo, quin etiam non adquirendo alienari subjicit, *aeque in omnibus* supradictis viis fraudem puniri. De creditoribus aliis, οὐδεὶς λόγος, nulla dicendi occasio. (b) Postremo tenendum, quod haeres actione fraudatoria non teneatur, nisi quatenus ad eum pervenit. *l.* 10. §. *fin. et l. seqq. h. t.*

3. An autem haec actio ad revocanda ea, quae in fraudem creditorum alienata sunt, a curatore bonorum movebitur, aut moveri potest? Non videtur, quia curator bonorum, licet a creditoribus petitus, non est Procurator eorum, nec eos repraesentat, sed vices fungitur debitoris latitantis aut deficientis; Unde ei, et in eum actiones dantur; quae ipsi debitori et in debitorem competunt. *l.* 2. §. 1. *de Curat. bon.* Sand. 1. 3. 1. Atqui debitor, qui ipse fraudem patravit, non habet hanc actionem, sed creditores soli. Cum autem plus commercii sit curatori cum creditoribus, quorum sponte creatus est, quam cum debitore latitante, recte facturi sunt creditores, si dent curatori mandatum speciale, de his quae in fraudem suam alienata sunt revocandis. Caeterum, etsi curator ille debitoris personam repraesentet, non est tamen ejus curator; ut recte vir nobilis, cujus bonis curator erat datus, ut injuriam aliquando sustulerit, quod curatorem habere demonstratus erat. Haec etiam res commonefactos habeat creditores, ne actiones debitori competentes ipsi instituant, ut notabili exemplo illustrat Sandius *l.* 3. *tit.* 12. *def* 24.

(b) *Pos.* 8.

LIB. XLIII. TIT. I.

DE INTERDICTIS, SIVE EXTRAORDINARIIS ACTIONIBUS, QUAE PRO HIS COMPETUNT.

I Continuatio. Remissio, et usus tituli. II. Divisiones Interdictorum.

(a) Dictum est hactenus de actionibus ad jura, quae patrimonium nostrum afficiunt, pertinentibus: sequitur nunc de remediis possessoriis quae non plenum jus tribuunt victoribus, sed tantum efficiunt, ne homines in possessione, hoc est detentione rerum, quae ad ipsos pertinent, turbentur, aut impediti ut vindicentur. Haec Interdicta vocantur, de quibus actum ad *Inst. l. 4. tit.* 15. et de Possessione, quae est causa harum actionum *ad t. Inst. de R. D. sub. fin.* Quid item differat jus possessionis a possessione, ceu illud esse jus in Re, exposuimus prolixe, ut et quo sensu actiones extraordinariae appellentur. *d. tit. de Interd.* Etsi autem *interdicta proprie locum* hodie *non habeant, tamen ad exemplum eorum res agitur*, scriptum est in *l. 3. C. de Interd.* Quin et quotidiana praxis hodieque, ad similitudinem antiqui ordinis praetorii exercetur, maxime ubi de retinenda possessione quaeritur, quod vulgo *maintenue.* Nam quando quis turbatur in sua possessione, statim implorat judicis officium, qui se confert ad locum contentiosum, ibique causa raptim cognita, pronunciat, et turbanti interdicit, diemque praescribit, quo si gravari se putet, judicio experiatur. Prius illud vocatur summarissimum, et posterius summarium, quatenus omne possessionis judicium ejusmodi est, ut *dix. ad Inst. h. n.* 13. Sed quia in plerisque foris judicia possessoria, quando ut actiones introducuntur, ordinariis dilationibus aguntur; hinc magis usitata est distinctio in possessorium plenum et summarium, quam in summarium et summarissimum. Hactenus tamen possessoria plena hodieque summaria esse debent, quatenus in iis semiplena probatio sufficit: nam haec differentia non est ab ordine procedendi, sed a natura negotii, quae non est mutata. Diximus *d. n.* 13. et addemus aliquid *ad calcem hujus libri.*

2. (b) Species interdictorum e divisionibus noscuntur, quorum summa haec est. Sunt vel de vera, vel de quasi-possessione: quae de vera, sunt vel adipiscendae, vel retinendae, vel recuperandae. *l.* 2. §. 3. Adipiscendae sunt iterum vel praetoria, vel imperialia. Praetoria, Quorum bon. Quod legat. de tab. exhib. de gland leg. Salvianum, etc. Imperialia, veluti in *l. 3. C. de pign.* quod respondet actioni hypothecariae, quemadmodum actioni Servianae respondet Salvianum. Aliud est in *l. 3. C. de Edict. D. Hadr. toll.* Retinendae possessionis sunt, Uti possidetis. Utrubi, de Superficiebus, Quod vi aut clam, de arboribus caedendis, et de migrando. Recuperandae, sunt civilia vel canonica; Civilia sunt praetoria vel imperialia; Praetoria, ut Unde vi, de Precario, et fraudatorium, quod respondet Paulianae. *l.* 67. §. 1. *ad SC. Treb. l.* 96. *de Solut.* Imperatoria sunt, in *l.* 5. 6. 7. 8. *pen. et ult. C. Unde vi.* quae sunt de restituenda ab invasoribus possessione rerum immobilium, et aestimatione earundem. Canonica sunt ex *cap. redintegranda.* 3. *quest.* 1. Ex *cap. saepe. de Restit. spoliat.* de quibus ad *d. tit. infr. Unde vi.* Divisiones alias in *l.* 1. *et* 2. *h. et in Inst.*

Scholium.

Dixerat auctor superius *interdicta dari vel de vera, vel de quasi possessione. De illis hactenus. De quasi-possessione, hoc est 1. de possessione jurium, quorsum spectant interdicta titulorum* 6. 7. 8. 9. 10. 11. 12. 13. 14. 15. 19. 20. 21. 22. 23. 29. 30. *quae partim sunt retinendae, partim recuperandae quasi-possessionis, uti ibidem videre est 2. De possessione custodiae causa, quo referendum est interdictum tituli* 4.

TIT. II.

QUORUM BONORUM.

(a) Hoc interdictum e primis verbis, quibus Praetor usus fuit, nomen habens: respondet haereditatis petitioni, maxime possessoriae, de qua *lib.* 5. *et ad tit. I. de Interd. n.* 5. In cause

(a) *Pos.* 1. 2. 3. 4. 5. *et* 6. (b) *Pos.* 7. 8. 9. 10. 11. *et* 12. (a) *Pos.* 1. 2. *et* 3.

testamenti, datur speciale remedium ex *l. ult. C. de Edict. D. Hadr. toll* per quod is, qui tabulas testamenti septem testibus signatas neque vitiatas ostendit, mittitur in possessionem rerum haereditariarum, et si contradictor sit, lis quam citissime finienda est. *d. l. ult.* Aliquando etiam res per libellos expediri potest, ut Curiae nostrae visum in casu Viduae et Fratris Hanenburgii. *d.* 12. *Jul.* 1680. Sed propter incertum judicii principalis eventum, fieri debet inventarium, ut in eadem causa placuit. Eumdem effectum habet interdictum *Quorum bonorum*, sive e testamento sive ab intestato quis haeres sit, *omnibus frustrationibus amputatis*, *l. f. C. Quorum bonorum.* modo proximum se esse probaverit. *l.* 1. *C. eod. tit.*

TIT. III.

QUOD LEGATORUM.

I. Sententia Interdicti, et an locum habeat in donatione M C. II. An hoc aut aliud interdictum detur Legatariis in haeredem.

(a) Legatarius sponte rem legatam occupans, (sine vi tamen, ne locum habeat sanctio *l.* 13. *Quod met. causa.*) tenetur hoc interdicto, ad restituendam haeredi rem legatam, unde Falcidia detrahatur, *l.* 1. §. 2. modo haeres caveat, legati dodrantem restitutum iri, *l.* 1. §. 16. *et seqq h. t.* quod in donatione mortis c. dicitur cessare, *l.* 1. §. 5. *h.* ratione reddita, *quia portio Legis Falcidiae apud haeredem ipso jure manet, etsi corporaliter res in solidum translatae sunt.* Contra, ex eadem ratione Justinianus ait haeredem in casu donationis m. c. repetere pecuniam, quae modum Legis Falcidiae exeedit *quia corporaliter quidem data est, lege autem in patrimonio testatoris permansit. l. pen. C. ad L. Falcid.* Non agit Caesar de interdicto, sed de rei vindicatione. Cur autem ubi haec datur, non detur Interdictum? Vix ratio liquet, nisi quod Interdictum supponit, rem post mortem esse occupatam; proinde *lex* t. §. 5. mihi videtur loqui de casu, quo donatario a defuncto res fuit tradita: tum quidem repeti poterit abundans pecunia, sed interdictum cessabit. Quod si donatarius rem donatam sibi non traditam occupaverit, interdicto locus erit, *arg. d. l. pen.* secus ac D. Wissenbachius, qui *l.* 1. §. 5. accipit de casu opposito casui nostro. *th.* 15. *h.*

2. (b) An et legatarius et fideicommissarius, habent interdictum, quo possessionem rei legatae adipiscantur? Hoc utique praesens interdictum eo non pertinet. Neo ullum aliud in toto jure proditum est. Puto tamen, si legatarius rem legatam possideat sine vitio, et turbetur, habiturum eum Uti possidetis interdictum per *l.* 8. *Pro legat.* Quod si haeres rem non possideat, forteau legatarius eam sine vitio occupare posset, *d. l.* 8. at non in concursu haeredis, e cujus manu ipse legatum petere debet; etsi enim dominium directe et immediate habeat, *l.* 64. *de Furt.* possessio tamen ab haerede praestanda est, §. 1. *Inst. de Legat.* vid. *l.* 24. *d. R. Vind.* Atque ita visum Curiae nostrae, in causa celebri Ameland**i**ca anno 1682. Qui legatarium seu fideicommissarium singularem se dicebat, is haeredem, quominus insulam occuparat, impediebat. Haeres igitur instituit actionem ex interdicto *Quorum bonorum*, cui legatarius per modum reconventionis opponebat actionem quasi ex interdicto *Quod Legatorum*; sed hic tulit repulsam, *argument. eorum quae dicta sunt.* E contra Nobilis virgo, sine vitio possidens fundum jure fideicommissi specialis, a creditoribus Patais jus haeredis habentibus conveniebatur, ut cederet possessione, fundumque e sua tanquam haeredum manu peteret; sed a Curia in possessione adserta est. *anno* 1681.

TIT. IV.

NE VIS FIAT EI QUI IN POSSESSIONEM MISSUS ERIT.

I. Sententia Edicti. II. Actio quae ex ea datur.

(a) Hoc interdictum est pro iis, qui e Pratore sunt missi in possessionem, propriamque habet naturam. Etenim reliqua sunt de possessione, quam tradit *tit. de adq. poss.* hoc autem est de possessione custodiae causa de qua in *l.* 3. §. *ult. eod.* Denique, hoc et de retinenda et de

(a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 2. et 3. (a) *Pos.* 1. et 2.

recuperanda possessione est, diverso tamen respectu: retinendae, quando quis turbare velit missum in possessionem; recuperandae, cum idem dejectus est. *l.* 1. §. 1. *et* 3.

2. (b) Actio ex hoc interdicto datur poenalis, quanti ea res est, ideoque annalis est, cum reliquae in factum actiones de interdictis sint perpetuae: nec in haeredes haec transit, nisi quatenus pervenit, excepta Legatorum causa, quae est perpetua et datur in haeredes simpliciter, eo quod hi satisdatione interdictum evitare possint. *l.* 1. *pr. et* §. *ult. h. t.* Non semper opus est interdicto; sed Praetor in causa liquida jure potestatis suae, extra ordinem, decretum suum exequitur, nonnunquam etiam per manum militarem. *l.* 3. *in pr. h. t.*

TIT. V.

DE TABULIS EXHIBENDIS.

(a) Tabulas ultimarum voluntatum, is cujus interest, hoc interdicto petit exhiberi, seu valeant, seu imperfectae sint, *l.* 1. §. 3. *et* 5. nempe quod ad solemnia juris attinet: nam si visibilis sit imperfectio, ut si tabulae careant signis, cessat hoc interdictum. *l.* 6. *ad L. Cornel. de Fals.* Datur etiam post annum, in haeredes tamen non datur, nisi et ipsi possideant, aut dolo possidere desierint, in id quod interest. *l.* 1. *pr. l.* 3. §. *pen. et ult. h. t. et l.* 12. §. *ult. Ad Exhib.*

TIT. VI.

NE QUID IN LOCO SACRO FIAT.

TIT. VII.

DE LOCIS ET ITINERIBUS PUBLICIS.

TIT. VIII.

NE QUID IN LOCO PUBLICO VEL ITINERE FIAT.

(a) Horum tit. sensus ex rubricis intelligitur. Dantur enim adversus eos haec interdicta, qui aliquid locis sacris publicisque, et inprimis itineribus, detrimenti vel incommodi adferunt, partimque sunt prohibitoria, ne faciant, partim restitutoria, ut id quod factum est in priorem statum restituant; danturque cuilibet ex populo.

Loca publica sunt, quorum solum publicum est. Via publica vocatur etiam Regia, et Consularis, Praetoria et Militaris. *l. ult.* §. 1. *tit.* 7. *sequ.* Via privata est, quae a fundo ad fundum vel a via publica ad privatum ducit fundum. *d. l.* 2. §. 22.

Est et tertia species vicinalium, quae in vicos ducunt. Hae sunt publicae, nisi ex agrorum privatorum collatione sint factae; tum enim sunt privatae, licet publico sumptu reficiantur; tamen hae quoque publicae habentur, si collatio memoriam hominum excesserit. *l.* 3. *de Loc. et itiner. publ.*

Sub locis publicis, Mare vel Campus publicus hic non intelligitur, quia illae magis communes, quam publicae sunt. Qui tamen usu illarum prohibetur, agere potest injuriarum. *l.* 2. §. 9. *tit.* 8.

Scholium.

Procederet haec ratio quidem de mari ex doctrina Juris Romani §. 1. Inst. de R. D.; *sed quomodo de campo publico eadem procedere valeat, non video. Ergo verius est, rationem* d. l. §. 9. *in eo consistere, quod Praetor in edicto non locutus fuerit de ejusmodi factis, qualia ibidem proponuntur, sed de facto, quod opus post se relinquit. Unde etiam non male Wissenbach.* h. t. th. 21. *loqui JCtum de interdicto directo. Dari autem etiam in his casibus interdictum utile, argumento est* d. l. 2. §. 8.

Responsio.

Ulpianus conjugit haec, piscari et navigare in mari, ludere in campo publico, lavare in balneo, spectare in theatro, quae omnia, quod ad usum singulorum attinet, communia magis quam proprietatis publicae esse videntur. Quid alioquin inter mare et campum intersit, non noscimus videlicet. Utile interdictum, in §. 8. praecedenti *certis speciebus applicatur; mox abruptum de eo*

(b) *Pos.* 3. *et* 4. (a) *Pos.* 1. *et* 2. (a) *Pos.* 1. 2. 3. *et* 4.

silentium et negatio interdicti simplex, illud prius, in §. 9. *utile dictum, satis excludit.*

N. Addit.

In loco publico Praetor prohibet, et aedificare, et ideo interdictum huius tituli propositum est. l. 1. t. 8. *Actus autem* l. 1. §. 9. *memorati, non pertinent ad aedificandum vel quid simile. Actus in* §. 8. *etsi non sit aedificatio, tamen est aliquid simile. Unde hic interdictum utile datur,* in §. 9. *saltem actio injuriarum. Ergo jam expungatur in Scholio versiculus.* Unde etiam non male, etc. *Ipsa Scholii observatio contra Auctoris falsam rationem firma manet. Nec quidquam respondetur, quod ulteriorem dispectionem mereatur. Etsi enim Ulpianus hic mare et campum publicum conjungat, tamen evidens est, rationem legis non esse querendam in natura horum locorum, sed in actibus.*

TIT. IX.

DE LOCO PUBL. FRUEND.

(a) Per hoc defenduntur conductores publici, maxime agrorum, ne quis turbet eos in jure suo exercendo.

TIT. X.

DE VIA PUBLICA, ET SI QUID IN EA FACTUM ESSE DICATUR.

TIT. XI.

DE VIA PUBLICA ET ITINERE PUBLICO REFICIENDO.

(a) Haec prohibitoria sunt, ne quis impediat eos, qui viam publicam reficiunt, quod unicuique juxta suum praedium incumbit faciendum; ipsis Dominis, non conductoribus, ut apud nos fere. *l. un.* §. 3. *tit.* 10. In eum, qui viam publicam *rejecit*, id est amovit, in hunc viae rejectae actio datur. *l. fin. tit.* 11. Viam publicam praescriptioni exemptam esse, docet *l.* 2. *tit.* 11.

TIT. XII.

DE FLUMINIBUS, NE QUID IN FLUMINE PUBLICO RIPAVE EJUS FIAT, QUO PEJUS NAVIGETUR.

TIT. XIII.

NE QUID IN FLUMINE PUBLICO FIAT, QUO AQUA ALITER FLUAT, ATQUE UTI PRIORE AESTATE FLUXIT.

TIT. XIV.

UT IN FLUMINE PUBLICO NAVIGARE LICEAT.

TIT. XV.

DE RIPA MUNIENDA.

(a) Haec interdicta sunt prohibitoria in eum sensum, quem Rubricae praeferunt. Extenduntur etiam ad lacus, fossas, et stagna publica. Lacus est, quod perpetuam habet aquam, Stagnum quod temporalem, Fossa receptaculum aquae, manu factum. *l. un.* §. 3. 4. 5. *Ut in flum. publ.* Porro ripam agrumque suum juxta flumen munire cuilibet licet, modo navigationem deteriorem ne faciat, et de damno infecto in annos X. caveat. *l. un. pr.* §. 1. *et* §. *dabitur.* 4. *de Rip. mun.*

(a) *Pos. un.* (a) *Pos.* 1. 2. *et* 3. (a) *Pos.* 1. 2. *et* 3.

TIT. XVI.

DE VI ET DE VI ARMATA.

Remissio, et Remedia juris Canonici huic adfinia.

(a) Hujus Interdicti expositionem dedimus ad *tit. Inst. de Interd. n.* 12. Copia hujus remedii prompte datur, antequam de proprietate quaeratur, juxta dictum juris Canoniei *Spoliatus ante omnia restituendus. cap. Saepe. X de Rest. spoliat.* juri civili aeque consentaneum. *l.* 6. §. 1. *C. Unde Vi.* Remedium ex *d. C. saepe.* in eo distat ab Interdicto Unde Vi, quod etiam adversus tertium possessorem datur.

(b) Imo habent Pontifices aliud locupletius, ex *can. redintegranda caus.* 3. *Quaest.* 1. quod datur de recuperanda possessione tam mobilium quam immobilium rerum, etiam sine vi adepta possessione, et contra tertium quoque, non tamen bonae fidei possessorem, maxime habentem caussam ab auctore non vitioso. Gail. 2. *obs.* 75. *n.* 11. Sand. *l.* 5. *t.* 4. *def.* 1. *vers. nec huic.* In Frisia contenti sumus jure civili, neutrum Juris Pontificii remedium usurpamus. Sand. *d. loc.*

(c) Datur et petitorium ex causa violentae invasionis judicium, de damno dato in duplum. *l.* 7. *C. Unde Vi.* Datur et condictio possessionis ei, qui sine vi possessionem amisit, *l.* 15. §. 1. *de Cond ind* ubi varia exempla, et est aliud in *l.* 12. §. 1. *de Condict. Furt.*

TIT. XVII.

UTI POSSIDETIS.

Remissio, et an non possidenti detur Interdictum.

(a) Hoc interdictum tuetur possessorem rei immobilis, non possidenti non datur. *l.* 1. §. 4. *h.* Opp. *l.* 3. *pr.* (*a*) Qui non possidet, (*b*) est superior hoc interdicto. Resp. id ita est, (*c*) si ego turbavi eum, qui vitiose a me possidebat; tunc enim mihi quidem non datur interdictum, sed ipso interdictum implorante, sum superior. vid. Wissenbach. *ad tit. de Vi et vi arm. th.* 1. Reliqua pete ex. *d. tit. Inst. n.* 8. *et seqq.*

SCHOLIUM.

(*a*) *Verbis:* Si quis proponeret possessionem justam et injustam: ego possideo ex justa causa, tu vi aut clam; Si a me possides, superior sum interdicto: Si vero non a me, neuter nostrum vincetur, nam et tu possides et ego.

(*b*) *Sed textus hic plane non obstat. Nequaquam enim dicitur ibidem, quod non possidens superior sit hoc interdicto, sed potius contrarium ostendunt verba modo adducta.*

(*c*) *Ergo non opus est, ut concessa ista assertione, aliud effugium quaeramus cum Auctore.*

RESPONSIO.

Locus ille, quem Thomasius excerpsit, est obnoxius huic quaesito, quo pacto plures in solidum eandem rem possidere queant, quod negat fieri posse Paulus in l. 3. §. 5. de Adqu. poss. *Contrarium in hac* l. 3. pr. *supponitur. Ea res quam variae explicetur, videri potest apud Glossam* in d. l. 3. *Nec id jam prolixius exequi consilium fuerat: Quod est extra controversiam, excerpere contenti fuimus. Si possessor violentus a dejecto turbatur, interdictum imploret, dejectum esse superiorem, palam est. Quod Thomasius ait, dejectum, eo quod dejicientem turbavit, adeptum esse possessionem, nihil est, cum ex rei natura, tum verbis textus, quibus ille, quem alter vi dejecit, adhuc possidere dicitur, quod non faceret, si ab altero dejectus, eo quod turbatus, etiam possessione privatus esset.*

N. ADDIT.

Ergo putat Auctor, legem, de cujus explicatione loquimur, loqui de eo, qui per vim dejectus *est a possessione, et postea vi dejicientem iterum turbat. Sed hic casus non potest in verbis legis subintelligi. Nam vi dejiciens justum possessorem, vincit hunc interdicto recuperandae possessionis unde vi, si hic illum ex intervallo iterum vi dejecerit.* l. 3. §. 9. l. 17. unde vi. *Cur ergo*

(a) *Pos.* 1. 2. *et* 3. (b) *Pos.* 4. *et* 5. (c) *Pos.* 6. *et* 7. (a) *Pos.* 1.

non vinceret etiam in interdicto retinendae possessionis dejectum, si hic eum saltem turbaret? Ergo verius, textum loqui de casu, ubi quis possessorem justum per vim in possessione sua turbavit, sic ut non ejecerit eum ex fundo vel domo, sed tamen contra ejus voluntatem simul possessionem in fundo vel domo apprehenderit.

(b) Qui victus est in possessorio, is non potest appellare, *l. un. C. Si de mom. poss.* sed ad petitorium transire debet. Interim sententia hujus interdicti minime est interlocutoria, sed definitiva. *l.* 35. *de Adq. poss.* 13. *C. de R. V. l.* 3. *C. de Interd.* At in foro secundum jus Canon. appellatur in Interdictis, quod ad devolutionem cognitionis, non etiam quod ad suspensionem executionis attinet. *cap. ex conquest. de Restit. spoliat. et C. signifcaverat. X. de Testib. C. Un. clem. t. de sequestr. poss.*

T I T. XVIII.

DE SUPERFICIEBUS.

(a) Superficies hoc loco est aedificium in solo alieno, cujus tuendae causa datur interdictum Uti possidetis, quemadmodum et utilis in rem actio. *l.* 1. §. 3. *h. t.*

Scholium.

Non tam tuendae superficiei causa quam juris superficiarii interdictum datur. Quomodo vero superficies et jus superficiarium differant, et quemodo hec adquiratur, vid. Strauchium apud. Schilter. Ex 47. th. 62. p. 355. seqq.

Responsio.

Contentis esse licet, opinor, nobis, cum Praetore loqui. Sic ille, ut superficie fruimini, quorum fruamini, vim fieri veto. l. 1. in pr. *Rursus*, si actio de superficie dabitur, vim fieri veto. §. 3. *Jus superficiei nihil est, aliud, credo, quam facultas, qua superficies ad nos pertinet. Haec facultas est res incorporalis, quae non possidetur.* l. 3. in pr. de Adquir. poss *Judicia possessoria proprie quidem sic dicta, ut superius intellectum est, non de rebus corporalibus; et propterea, quod de superficiebus est proditum, de ipsis est, non de jure,* quod sit τῶ κατα λαμβανόμενον, mente compreheusum, *ut noster ait Theophilus ad t. I. de Obl.*

N. Adoit.

Mihi vero liceat verba Praetoris et legum expenere. Superficiei *vox usurpatur de re corporali partim, partim de jure incorporali circa hanc rem:* Frui *superficie, de re corporali non fungibili, qualis est omnis superficies, non dicitur, sed fruimur rebus vel fungibilibus mobilibus, vel juribus: Ergo frui superficie, est frui jure, quod in superficiem competit. Eadem est ratio actionis de superficie, i. e. de dominio rei superficiariae. Perro etsi res incorporalis non possideatur, tamen quasi possidetur, quod ad interdicta sufficit.*

T I T. XIX.

DE ITINERE ACTUQUE PRIVATO.

(a) Huic Interdito speciale est, quod non tantum detur ad tuendam quasi-possessionem itineris vel actus, sed quod etiam de jure pleno et quasi de proprietate competat. *l.* 3. §. 13. *et l.* 5. §. *pen. h.*

Scholium.

Quatenus nimirum de refectione itineris non impedienda prospicit. Datur enim in hoc titulo duplex interdictum, unum de usu itineris tuendo l. 1. pr. h. *Alterum de itinere reficiendo. l.* 3. §. 11. eod.

Responsio.

Quid est in eo proprietatis, ut iter reficiatur, cum idem in servitute de Cloacis, de rivis, et similibus, ubi causa proprietatis nulla verti dicitur, sit preditum. l. 1. de Rivis. l. 1. de Cloacis? *Equidem singularitas illa servitutis hujus, satis est notabilis; Cum enim a reliquis judiciis possessoriis fit transitus ad petitoria, hoc interdictum, utramque continens causam, ejusmodi transitum ignorat. Nam qui hoc utitur, duas res docere debet, et hoc anno se usum, et ei servitutem competere, ut docet Ulpianus* in l. 3.

(b) *Pos.* 2. 3. *et* 4. (a) *Pos un.* (a) *Pos. un.*

§. 13. h. t. *Hoc autem infert exinde, quoniam actor hic agit, sibi esse jus reficiendi. Quare autem cum in aliis servitutibus Praetor etiam tueatur reficientes, in illis Interdictis non aeque jus proprietatis infertur? Dixerim, quia jus reficiendi hic propria actione, post interdictum de usu et quasi possessione itineris obtentum, petitur, ideoque distinctum a possessorio, vim habet petitorii: In caeteris refectio primitus, ut exercitium et quasi possessio servitutis permittitur. Singularitas igitur, liquide loquendo, haec est; quod non sufficit hic, possessionem docere, sed etiam jus principale servitutis probandum est.*

N. Addit.

Vides igitur Auctorem non dissentire a Scholio, uti verba initialia responsionis videbantur prae se ferre, sed saltem explicare, et positionem pariter suam, et scholium meum.

TIT. XX.

DE AQUA QUOTIDIANA ET AESTIVA.

TIT. XXI.

DE RIVIS.

TIT. XXII.

DE FONTE.

TIT. XXIII.

DE CLOACIS.

(a) His titulis traduotur Interdicts, quibus prohibentur, qui usum footis, rivi, cloaeae, aut aquse quotidianse et sestivae impediunt. Quotidiana aqua est, qus sdsidue utimur, Æstiva, que sestste taotum. *l.* 1. §. 3. *et* 4. *tit.* 20. Rivos est locus per loogitudioem depressus, quo aqua decurrit. *l.* t. §. 2. *tit.* 21. Closca, locus eavus, per qoem colluvies quaedsm fluit. *l.* t. §. 4. *tit.* 23.

TIT. XXIV.

QUOD VI AUT CLAM.

I. Sententia Interdicti. II. Quibus detur. III. Contra quos. IV. Exitus judicii.

(s) Qui in alieni juris solo, vi sut clsm feeit opus, is hoc ioterdioto cogitur restituere, hoc est removere opus fsetum, cum fruetibus et eo quod interest. *l.* 11. §. 4. *et l* 15. §. 7. *h. t.* Vi fsoit, cui denuncistum est, ne faceret; cism, qui, cum deberet, noo deounciavit. *l.* 1. *pr.* §. 2. *et* 5. *l.* 3. §. 7. *et seq.* Ad *superficiem*, ut suot fructus erborum, non pertioet hoc interdietum. *l.* 7. §. 5.

Scholium.

Mallem dicere: ad fruetus arborum et aliam rem mobilem, noo pertioet hoc ioterdietum. *l.* 7. §. 5. *l.* 20. §. 4. *l.* 9. §. 1. *l.* 10. *h. Nam ad superficiem, quae solo coheret, et quae descripta est in tit. praeced.* 18. *omnino spectat hoc interdictum.* d. l. 7. §. 5. 9. 10. l. 8. l. 9. pr. §. 2. et 3. l. 10. eod.

Responsio.

Eo quod opus in solo factum hoc interdicto prohiberet, initio diximus, satis intellectum est, aedificia comprehendi. Potest tamen abesse superficiei mentio, hoc quidem loco, vel dic, superficialia ut, etc.

N. Addit.

Superficialia fero, superficiem hic ferre nequeo. Et videtur. auctor antea sensisse, superficiei *vocem in jure sumi pro fructibus superficiei, unde in titulo praeced.* 18. *phrasin*

(a) *Pos. un.* (a) *Pos.* 1.

frui *superficie*, *exposuit de re corporali*, *cum tamen frui proprie de frugibus dicatur*.

2. (b) Datur hoc ei cujus interest opus non esse factum, *l.* 11. §. 10. 12. *et ult. l.* 13. *pr.* §. 3. *et* 4. etsi non possideat, *l.* 16. *in pr. eod.* adeoque et haeredi. *l.* 13. §. 5. In haeredem, et post annum, quatenus pervenit. *l.* 15. §. 3. Locator ex facto conductoris non tenetur, sed actionem adversus eum cedere debet. *l.* 15. §. 1.

3. (c) Datur, inquam in eum qui opus fecit, aut jussit, vel cujus familia fecit, *l.* 5. §. 8. *l.* 7. §. 1. *eod.* etiam in haeredes, *d. l.* 5. §. 9. at semper adversus possessorem operis, *l.* 15. *pr.* idque sive jus habuerit opus faciendi, sive non habuerit; sufficit enim, vi vel clam fecisse; contentus esse debuerat suum jus tueri. *l.* 1. §. 2. *h. t.*

4. (d) Intentio, scilicet actoris, heic est, ut reus suis sumptibus quod factum est restituat, hoc est, in antiquum statum reponat, destructo opere, quod *vi* clamve fecerit; hoc ita, si reus possideat opus: *si* non possideat, curare debet ut a possessore restituatur, cum fructibus *et* eo quod interest. *l.* 11. §. 4. *l.* 15. §. 7. *et ult. et l.* 16. §. *ult. h. t.* Datur etsi Praeses opus in loco publico fieri permiserit, *l.* 3. §. 4. *h. t.* quia, ut apud Ulpianum ex Nerva, *etsi ei locorum publicorum Procuratio data est, Concessio data non est.* Nam concedere, ut mutatio fiat in locis publicis, excedit modum administrationis Praesidi datae. Ac ita judicatum memini in Suprema Frisiorum Curia, cum praeter cuidam incolae suae Praeturam, concessisset aliquid mutationis facere in fossa publica, eamque rejicere, id est submovere paulisper, vicinorum aliquis se opponens ex hoc Edicto, tenuit, ut opus restitueretur, *in causa J. de Kingma*, *contra J. V. W. non ita pridem.*

TIT. XV.

DE REMISSIONIBUS.

(a) Hujus Rub. sententiam habuimus in Tit. *de Operis novi Nunciatione.* Superius videlicet. interdictum cessat, ubi nunciatio, quo alius vi clamve faciat opus, remissione sublata est. *l.* 7. §. 2. *Quod vi aut clam.*

TIT. XVI.

DE PRECARIO

I. Quid Precarium, et discrimen a Cummodato. II. Cui, contra quem detur, III. An actio civilis hinc detur. IV. Aliud singulare.

(a) Hoc interdictum datur ad repetendum id quod datum est hac lege, ut reddatur quandocunque libet concedenti. Nam Precarium est, quod precibus utendum petenti conceditur, donec is qui concessit patitur. *l.* 1. *pr. et l.* 2. *h.*

SCHOLIUM.

Differentias Precarii et Commodati, vide apud Wissenbach. h. t. th. 12. *quas inter reliquae desumptae sunt a notabilibus utriusque pacti; ista sola vero essentialis est, quod in Commodato res ad certum tempus vel finem concedatur, in Precario vero, quamdiu concedens velit. Ergo si prius promissum sit, recte infero, commodatum subesse, sin posterius, erit praecarium.* l. 1. pr. et 2. §. 2. h. t. l. 5. pr. et passim. ff. Commodati. *Quid ergo est quod Celsus dicit: si ita aliquid datum fuerit*, ut alter id in Calendas Julias precario possideat, l. 12. h. *nullam vim esse hujus conventionis? Videtur enim utique, hic commodatum fuisse contractum, ideo quod tempus in promisso determinatum fuit. Sed respondeo; ita quidem dicendum foret, si modo dictum fuisset, rem alteri utendam dari, ut eam in Calendas Julias possideat. At dum additum fuit*, *ut* precario *possideat*, *apparet*, *partes non commodatum*, *sed precarium voluisse celebrare: Quoniam igitur contra essentiam precarii est*, *ut invito domino rem alienam possidere liceat*, *ideo etiam hoc pactum effectu destituitur*, *non aliter ac in pignore pactum de re non alienanda.* (1)

(b) *Pos.* 2. (c) *Pos.* 3. (d) *Pos.* 5. *et* 4. (a) *Pos. un.* (a) *Pos.* 1. *et* 5.

(1) *Hoc pactum precario adjectum*, ut in Calendas Julias precario possideas, *neque est contra essentiam precarii*, *neque suo effectu destituitur*, *licet verum sit quod eo non obstante*, *ante Calendas repetere*

Denique culpam, nota, latam hic praestari dumtaxat. *l.* 8. §. 3.

2. (b) Interdictum et haeredi, et in haeredem datur, *l.* 8. §. *ult.* *l.* 12. §. 1. quoniam jus precarii apud haeredem non intelligitur esse, *d.* *l.* 12. §. 1. cum qua confer. *l.* 4. *Locat.*

SCHOLIUM.

Neque hoc novum est. Nam sic et mandatum extinguitur morte mandantis aut mandatarii, et tamen actio mandati transmittitur ad haeredes.

Quin et novo domino, re alienata, competit, etiam, ut videtur, adversus tertium. *l.* 8. §. 2.

SCHOLIUM.

Sed quis hoc loco ille tertius? An is, cui a primo rem precario possidente iterum eadem precario concessa fuit, an alius.

RESPONSIO.

In hac quidem specie Tertius, est possessor novus praedii, cujus respectu Precarium fuit concessum. Adversus hunc datur Interdictum, non modo ipsi concedenti, sed etiam novo possessori domus, contra quam est precarium. Ita ut Interdictum detur tertio, et contra tertium. d. l. 2. §. 2. *Atque ita memini esse judicatum.*

N. ANNIT.

Responsio aeque obscura, si non obscurior, quam locutio praecedens generalis. Vix enim ex responsione possis casum formare, ad quem verba Auctoris possis exacte explicare. Caeterum videtur voluisse dare casum aptum ad d. l. 8. § 2. *quod nempe detur interdictum ei, in quem res alienata, tanquam tertio, contra precario habentem, tanquam etiam contra tertium. Sed quis ita explicaret illud* etiam ut videtur, *cui scholium erat adjectum, si non accessisset interpretatio Auctoris authentica?*

3. (c) Actio civilis de precario nulla competit, quia non est contractus. *l.* 14. Actio quidem praescriptis verbis datur in *l.* 2. §. 2. *inf.* at haec non est e contractu innominato, sed ex bono et aequo, cujusmodi vagae et extraordinariae praescriptis verbis actiones dantur, ut ad *tit. de praescr. verb.* diximus. Si res non restituatur, fit condemnatio, quanti actoris interest, cum omni causa, ut ad *tit. de Praescr. verb.* diximus, et cum fructibus a tempore interdicti. *d.* *l.* 8. §. 3. 4. *et* 5.

4. Qui jus sibi Lege civitatis aut ex Lege Naturali competens exerciturus, per juris ignorantiam, petit hoc precario a vicino suo; quaesitum est, an, si alter Precarium revocet, hic etiam jus, sibi altero quoque invito competens, amittat. Magis est, ut nullius momenti sit precarium, *arg.* *l.* 12. *in pr.* *h.* *t.* qua de re speciem facti dedimus *ad tit. de Servit. Urb.* *n.* 7. *pag.* 320. *part. praeced.*

TIT. XXVII.

DE ARBORIBUS CAEDENDIS.

(a) Hoc interdicto defenditur is, qui arbores alienas in sedes suas propendentes succidit. *l.* 1. *pr.* Nisi enim dominus arboris id faciat monitus, vicino, cui arbor nocet, permittitur eam exscindere, lignaque tollere, * *d.* *l.* 8. §. 2. sed in agris ferenda est arbor aliena, modo non minus quindecim pedibus in altum distet a fundo vicini. *d.* *l.* 1. §. 7.

Datur hoc Interd. etiam fructuariis, §. 4. et pluribus Dominis, singulis in solidum. §. 5. Succidere autem hic est arborem a stirpe exscindere, quod licet vicino, si dominus non adimat in tempore, quod superexcrevit. §. 2. *h.*

(b) *Pos.* 2. *et* 3. (c) *Pos. un.* (a) *Pos. un.*

possit precarium is qui concessit, idque est quod Celsus ait in l. 12. h. t. nulla vis est hujus conventionis, ut rem alienam domino invito possidere liceat. *Sed conventio hoc efficiet, ut post Calendas Julias finiatur precarium, et, si dominus patiatur precario rogantem ultra possidere, de novo precarium concedere intelligatur: item, si manente adhuc precario, tu in ulterius tempus rogaveris, prorogetur precarium.* l. 4. §. ult. l. 5. l. 6. pr. h. t. *Vide Josephum Averanium* interpret. jur. lib. 4. cap. 12.

* Jure nostro, vicino potestas tribuitur ramos arboris propendentes succidendi. *a.* *LR.* *l.* 2. *art.* 52. *Wb.* *art.* 126. Carpz. *p.* 3. *C.* 32. *d.* 25 Schoepfer *Synopf. Jur.* *tit. d. arbor. caedend.* *n.* 3. interim cum interdictum de arboribus caedendis sit pinguius et facultatem evellendi arborem concedat, in Saxonia pro abrogato haberi nequit. Phil. *Us. Pr.* 1. *l.* 2. *Eccl.* 13. *num.* 2.

TIT. XXVIII.

DE GLANDE LEGENDA.

(a) Prohibentur hic impediri qui fructus ex sua arbore in alienum fundum prolapsos, tertio die tollere satagunt. * Per glandem quilibet fructus intelligitur. *l. un.* §. 1. *h.* Alienum quidem non licet ingredi invito domino, *l.* 16. *de servit. rurt.* at ob rem suam recuperandam licet. *h. l. et l.* 15. *ad. Exhib.*

TIT. XXIX. ET XXX.

DE HOM. LIB. EXHIB. ET DE LIB. EXHIB. ITEM. DUCEND.

(a) Prius interdictum datur omnibus, ad exhibitionem liberorum hominum. *l.* 3. §. 9. Posterius solis patribus datur, propter liberos in potestate eorum constitutos quanquam ob gravem causam mater praeferri potest. *l.* 1. §. 3. Uxorem quoque a marito praetextu patriae potestatis hodie pater abducere non potest. *l.* 1. §. 5. *h. t.* Olim secus erat. Cujac. *parat. h.* Quin hodie maritus ad exhibendam ducendamque uxorem, adversus socerum agere potest. *l.* 2. *h. et l. ult. C. h. t.*

TIT. XXXI.

DE UTRUBI.

(a) Hoc interdictum nihil differt ab Uti possidetis, nisi subjecta materia, quae hic est de mobilibus, illic de immobilibus rebus. *tit. Inst. de Interd. n.* 8.

TIT. XXXII.

DE MIGRANDO.

(a) Inquilinus, qui soluta mercede, a Domino prohibetur res suas exportare, quae pignori pro mercede obligatae sunt; mercede jam soluta vel oblata, habet hoc interdictum, *l.* 1. *pr. et* §. 1. estque perpetuum, daturque haeredi et in haeredem. *l.* 1. §. *ult.* Si gratuita sit habitatio, competit utile interdictum *l.* 1. §. 3.

TIT. XXXIII.

DE SALVIANO INTERDICTO.

(a) Interdictum Salvianum, nomen habens sine dubio a *Salvio* Juliano, (1) datur domino fundi ad petendas res Coloni in fundum pignoris nomine illatas, *l.* 1. *h.* atque respondet actioni Servianae, eo modo iisque limitationibus, quas habuimus ad *tit. Instit. de Interdict. num.* 6. ubi quid sibi velit hoc interdictum, vide latius ad *d. t. n.* 6. *et seqq.*

EPILOGUS.

Habuimus Interdictorum, quae jus civile novit, species, in quarum singulis videndum utrum sint de vera vel de quasi possione, de adipiscenda, retinenda, vel recuperanda possessione, (a) *Pos. un.* (a) *Pos.* 1. *et* 2. (a) *Pos. un.* (a) *Pos. un.* (a) *Pos. un.*

* Hujus interdicti apud nos usus deficit, cum fructus ex arboribus in vicini fundum decidentes, ipsi statim adquirantur, adeoque repeti nequeant. Carpz. *d. def.* 25. *n.* 4. Coler, *dec.* 25. Eck. *Comp. ff. tit. de gland. leg.* §. 3. J. Habn. *ad Wes. d. tit. verb. Jur. Sax.*

(1) *Vide Ampliss. van Bynkershoeck.* observat. lib. 1. cap. 24., *ubi disputat, Salvium Julianum non videri auctorem hujus interdicti.*

utrum prohibitoria, restitutoria vel exhibitoria: Utrum praesens tempus vel praeteritum spectent, simplicia sint an duplicia, et praeterea, quibus et aontra quos competant cujusque rei gratia, quidve in condemnatioeem veniat: quae non tulit occasio, ut in singulis explicaremus, nec adeo res ubique illam aecurationem exigere visa est.

Porro omnibus interdictis id est commune, quod siot actiooes axtraordinariae, ut jam *ad tit.* 1. diei occupatum est, adeoque omois causa possessionis celeriter, summatim omnibusque frustrationibus amputatis cognosci et absolvi debet. *l.* 8. *C. Unde vi. l. un. C. Si de momant. poss. l.* 3. *C. de Interd. l.* 13. *C. de R. V. et l. ult. C. Quor. bon.* Hinc. distioctionem Judicii possessorii iu Summarium et Ordinarium a Doctoribus traditam, iaque Foro recaptam, improbant plarique. Donell. *in d. l.* 8 Cujac. in *l. Si Colonus.* 14. *C. de Agric. at cens. l.* 1. *obs.* 20. Sarmient 2. *sel. interpr.* 23. Wisseub. *ad tit. de Interd. n.* 11. Tu vidasis¹ ao, si racte divisiooem et usum ejus percipias; cum usu juris Rom. non possit conciliari. Primo anim, qui in possessorio violatus arat, implerabat ieterdiatum. Hoc Praator causa raptim cognita inrerponebat. Si reus pareret, bene erat; si nollet, aut Praetor io causa liquida manu rem exequabatur, *l.* 3. *in pr. Ne vis fiat ei qui in possess.* aut, si res dubia videratur, judicem dabat. *l.* 21. *Quod vi aut clam.* Poterat etiam actor, si mallet, omisso ioterdicto, ex continenti actionem juris ordioarii iostituere. *d. l.* 3. §. 1. Donec jure novo ieterdicendi formula abiit in desuetudinem et judicia possessoria ad instar aliarum actioonm coostituta suot. *d. l.* 3. *C. de Interdict.* Ut mihi videtur, mores hujus seculi propius ad jus aotiquum redierunt. Quid enim *summarissimum*, quod bodie vocant Judicium Possessorium, aliud est, quam Ioterdictum, quo Praetor partibus ad sa vocatis et causa raptim cognita, procul a tribunali sine forma judicii, Ioterdictum emittebat: Eodem enim modo Judex hodie, a turbato ie possessione imploratus, celeriter se confert ie locum contentiosum, ibi partibus vocatis, re iuspecta, testibusque auditis, interdicit; facta copia judicii, si pars altera se laesam putet, ordinarii: Ad quod se partes consequenter recipere possunt. Quod si turbatus in continenti ordioaria via possessoria procedere velit, est in ejus arbitrio, ut jure civili unice comparatum videtur.

Hoc autem, quod respectu illius summarissimi judicii, maximeque *extraordinarii*, vocatur a Doctoribus ordinarium et pleoum, nihilominus est *summarium*, ut etiamoum vocatur, atque etiam *extraordinarium*, respectu judiciorum petituriorum, idque ratione probationum et temporis, uti e textibus *supra* adductis evidentissimum est. Quod attieet ad causae cogoitionem, satis hodieque observatur, ut probatio facilior in pleoo possessorio sufficiat, quam in petitorio requiritur. Sed temporis ratione aeque attenditur; iisdem enim dilationibus causae possessoriae, quibus petitoriae, agi et disceptari solent. Quae res ita forte non invaluit usu, quin, si actor peteret breviaribus terminis jus sibi dici, id ei deoegari non posset, qua de re latius actum in *Jurispr. hodierna part.* 2. *lib.* 2. *c.* 12.

Caeterum, in quaestionibus Adipiscendae Possessionis, forma Interdicti, quod viderim, non usurpatur: Sed est res ordinarii processus possessorii, quem proinde haeredes ejus, qui novissime possedit, instituere solent; ut factum in causa superius dicta Amelaodica. Nec tamen, si utrumque esset iodubitatum, scilicet defunctum possedisse, et haeredem esse qui agit, Ioterdicti formam, id est, summarissimum oegari posse judicium, existimarem: Quia non tantum hoc datur in causis retinendae, sed etiam recuperandae possessionis vel maxime. Nam pleraeque contentiooes summarissimae, suscipiuntur adversus eos, qui per vim vel clam possessionem occupaverunt, modo ois annum, quia Interdictum *Unde vi* est aonale; raroque fit, ut Actor, qui Ioterdictum in forma, quod Gallica voce Nostri promiscue *Maintenue* appellant, impetrat, tempore litis contestatae possideat, quod in remediis reticendae possessionis requiritur. Verum semper ita fere usu venit, ut Reus sit io possessione praesenti, quam vi vel clam occupaverit. Unde liquet, falli per significationem vocis illius Gallicanae, eos, qui hoc genus judicia credunt esse propria reticendae possessionis: conveniunt etiam recuperandae, cujusmodi fere sunt omnia, quae frequentissime apud nos exercentur, adeoque etiam posse applicari casibus adipiscendae possessionis, non videtur esse dubitandum.

. Nempe haeres potest uti interdicto, inquam adipiscendae possessionis, non retinendae, quia possessio ad haeredes noe traosit, apud nos, et jure Civili, *l.* 23. *pr. de Adqu. poss.* quod et in Germania servatur, teste Gailio *l.* 2. *obs.* 129. *num.* 7. cui tamen nescio, an per omnia adsentiri possim. Ait enim, nec recuperandae possessionis ioterdictum haeredibus dari: quod est contra expressam juris civilis auctoritatem, *l.* 1. §. 44. *de Vi et vi arm.* et contrarium probavimus *ad tit. Inst. num.* 9. Ait, haeredem non nisi petitorium habere contra possideotes; Cui bono igitur Interdictum Quorum bonorum, quod datur utique adversus possidentes?

Tot. tit. D. et C. Quor. bonor. Nec Curia nostra dubitat Possessorium haeredibus dare, quod dedit in causa saepe dicta Amelandica, nec alias semel; Adipiscendae, inquam. Recuperandae non venit usus, quod sciam. Quod si maxime concedatur, Recuperandae Interdictum haeredibus non dari, defuncto vi dejecto; non sequeretur tamen, Petitorio tantum esse locum; quia saltem adipiscendae haeredi non posset negari: quod est Quorum Bonorum, et quod datur etiam contra Possessores rerum singularium, exemplo haereditatis petitionis. *l.* 2. *et l.* 3. *C. Quorum bonorum.*

In bene constitutis Rebuspubl. non sunt admodum frequentes ejusmodi lites possessoriae, imprimis de vi, super ipsis rebus soli, agris, atque domibus; plerumque circa servitutes rusticas et urbanas, aliaque jura, ventilantur apud nos quidem, ubi prompta domi Justitia peremptorie, secus ac iis in locis, ubi Judicialis vigor, Imperii divisione, appellationibusque longinquis enervatur; Exemplo sit Frisia orientalis vicina, ubi in executione Interdicti super agri Vinericensis possessione, Praetor Vir generosus et multis magnisque periculis belli districtus, occubuit, (inaudita res in hisce Provinciis) *anno* 1660.

Denique, Ordinarium Possessorium apud quemlibet ordinarium judicem instituitur: Sed *interdictum* in forma cum inhibitione solemni, non nisi apud Supremam Curiam impetratur, et est magni moliminis ac sumptus; cujus minuendi causa fieri potest, ut loco Judicis ipsius qui interdicat, apparitor Curiae se conferat ad locum contentiosum, ibique partibus et testibus auditis, ad Curiam referat, quo secundum acta ejus interdicatur: Id nostrates vocant, mandatum ad *apparendum, op een Blycken lib.* 3. *Stat. Fr. tit.* 5. *n.* 6. In rebus facilioris expeditionis, et minoris momenti, saepe fit, ut libellus supplex offeratur auditisque summatim partibus possessorium disponatur. Apud Inferiora dicasteria solet etiam peti, ut delegati judices veniant in locum contentiosum, ubi habita inspectione de possessorio, absque inhibitione solemni pronunciant, a quorum dicto potest appellari. Receptum enim est passim, ut in possessorio gravatus etiam appellare queat, ex sententia juris Canonici *superius* exposita, quanquam apud nos ab Interdicto in forma, per judicem delegatum Supremae Curiae editum, appellari nequeat, convenienter juri Rom., sed ejus loco fungitur remissio ad judicium possessionis ordinarium. Potest etiam implorari Judicis Officium, summi vel inferioris, ut is mandatum emittat, quo adversarius ab incepto turbandae possessionis, sub poena certa, desistat, non tamen ultra sex florenos ab inferiore judice constituendos, apud nos; Curiae Supremae nulla summa praescripta.

Inter res hujus generis quotidianas est, quod coloni et inquilini, saepe non tantum adversus exteros sibi asserunt possessionem, sed etiam adversus ipsos dominos in hac specie; Dominus obnunciat colono suo vel inquilino, cum mandato, ut recedat. Colonus ait, suum tempus nondum esse finitum, eaque de re lis agitatur summaria quidem, sed quae aliquando finiri non potest, ante tempus migrationis et mutationis ordinarium, quod est S. Petri ad Cathedram, vel Calendis Maji. Colonus interim manet, ut cui ante sententiam non sit praejudicandum; dominus vult occupare fundum aut domum. Hinc certamen quasi Possessorium. Consultus semper respondi, non esse haerendum, quin dominus in possessorio sit praeferendus: quia colonus non possidet, sed est in possessione nomine domini. §. *possidere autem.* 5. *I. de Interdict.* Ægre obtentum est in Foro, ut coloni adversus exteros Interdicta impetrent, procul a ratione Juris Civilis, ut eos suo loco, et Sandius demonstrat *lib.* 5. *tit.* 14. *def.* 2. Non est hoc addendum insolentiae conductorum, ut possessionis jure, quod non habent, utantur adversus eos, quorum instrumenta sunt possidendi. Plane si judici clare liqueat, dominum sine causa gravem esse colono, nec esse dubium, quin tempus conductionis adhuc duret, non est recusandum Judicis officium *malitiis resistendi*, ut si manifesta sit inquam, perfidia, non neget colono praesidium, juxta praescriptum *l.* 31. *de Jurejur.* ubi, *quid inter manifestam et dubiam causam judicis officii sit.*

LIB. XLIV. TIT. I.

DE EXCEPTIONIBUS, PRAESCRIPTIONIBUS, ET PRAEJUDICIIS.

I. Remissio, et tempus opponendi exceptiones. II. Interpretatio l. 10. §. 1. C. *de* Fidejussor. *et an haec emendanda sit. III. De praeseriptionibus, et praejudiciis. IV. Observata de usu tituli. V. Quid intersit quod ad effectum nullitatis et exceptionis. VI Non esse dandas Exceptiones Exceptionum.*

(a) Tris membre hujus tituli eahibet rubrics. Primum de eaceptinoibus, de quarum etymologis, defioitione, ct divisione, alibi habuimus. De modo et tempore oppoeeodi exceptiones, pauca addemus. Scil. Opponcodae † sunt exceptiones dilatorise, ante litem cont. quae vel judicium, vel persons judicinm coostitueules spectant, *l. pen. et l. ult. C. h.* tales sunt exceptio incompetentiae, praeventionis, judicis suspecti, looi nou tuti, feriarum, termini nimis angusti, juxta *Aut. offeratur. C. de lit. cont.* item cootumaciae. Quod quis in judicio stare nequest, de quibus Viuo. ad *tit. I. de Except.* §. 1. Sed dilatoriae, quae spectant causam, quales sunt eaceptio plus petitionis, paoti temporalis, litis peedentis, ordinis sive eacussioeis, et similes, eodem tempore opponendae suut, quo reliquae peremptoriae; hon cst qusvis parte judioii, quamdiu in causs non est conclusum, *l. 2. C. sent. rese. non poss. et l. 4. C. de Except.* modo contestatio illarum fiat ab ieitio, *l. 8. et 9. C. h. l. 9. C. de Praescript. long. temp.* quae lu bonse fidei judioiis elim ueu videtue fuisse uecessaria, quoniam iu his exceptiones ipse jure inerant, ea reguls juris antiqui. *l. 3. de Reseind. vend. l. ult. de Haered. pet. et l.* 84. §. 5. *de Leg.* 1. At in striotis judiciis quod non erat formulae a Practore insertum, ejus judex ratienem habere eon poterat, ut dix. *in praeleet. od tit. de Aetion. n.* 21. *pag* 424. Et Praetoe eaceptioeam formulee addere non poterat, nisi contestatam. Jure novo sublatis formulis et judicibus datis, illud discrimen actionum b. fidei et strictarum puto sublatum essa. Nam *Leges* 8. 9. *C. h. t.* et aliae, quae de contestatione loquuntur, nou distinguuet inter judicia b. f. et str. juris; sed tantum docent, reum noe cogi suas exceptiones statim prosequi, sufficere simplicem earum contestatioocm in principio, tum capectare eum posse, doeec actor suum jus probaverit; nam si is deficiat, noo est quod ipse de exceptiooe laboret, eaque res noe habet usum, nisi contestatiooe ab initie facta. Quin *lex.* 9. *C. de praescr. long. temp.* idem initio diserte de emptione veoditione, quae est maxime bonae fidei, tradit.

2. Ex his videamus, se lucem accipiat *lex* 10. *C. de Fid. et mand.* cujus Lectio sollicitatur. Verba haec sunt; *Fidejussor seu Mandator, si in usuras quoque obligatus est, justam causam recusandi eas solvere non habet. Ut autem is, qui eum altero fidejussit, non solus conveniatur, sed dividatur actio inter eos, qui solvendo sunt, ante condemnationem ex ordine pustulari solet.* Quis ille sit ordo, quaeritur; Ex ratione jurie aotiqui is orde fuit, ut actor in strioti juris

(a) *Pos.* 1. 2. *et* 3. 4. 5. *et* 6.

† Exceptiones dilatoriae et litis ingressum impedientes absque discrimine in primo termino sunt opponendae, (nec, ut factum io leuterazione aut appellatione demum allegandae,) eventuali litis contestatione sub poena confessi et convicti annexa. Illae autem exceptiones omnes ante L. C. non attendendae, nisi sint in continenti liquidae, neque istorum nomine probatio aut juramentum per interlocutoriam injungendum, attamen si liquidae sunt, et alicujus ponderis, secundum eas, insuper habita eventuali litis contestatione, pronunciandum, adeoque a judice, quoties eas negligit, decidendi rationes sententiae subjiciendae sunt. Ita et de Exceptionibus fori declinatoriis tenendum; quae tamen, si notoriae aut io continenti liquidae sunt, etiam in scriptis opponi, et, si spernantur, in leuteratione aut appellatione urgeri queunt. *O P. S. E. I. et E. Tit.* 11. §. 1. Cui io sententia super exceptionibus et eventuali litis contestatione lata alicujus rei praestatio injuncta, aote proximum terminum aut in eo absque nova citatione eidem satisfaciat, nisi in 5 et amplius thaleros condemnari malit. *d. Tit* §. 2. De Exceptione spolii cautum, cam exemplo aliarom exceptionum peremptoriarum litis contestationi annecti, et instar illarum suo loco deduci debere, nisi reus actionem spolii instituere malit, in qua, si sententia super restitutione lata in rem judicatam transierit, prius in aliis causa pergere non tenetur spoliatus, quam alter isti rei judicatae paruit. *d. Tit.* §. 3. Exceptiones generales non competentis actionis, rei non sic sed aliter gestae, solutionis, compensationis, et similium satio non habenda, nisi, quo nitantur fundamenta, breviter simul et perspicue ostensum sit. *d. Tit.* §. 5.

judicii exceptionem apud praetorem postularat, ut formulae, qua Judex pedaneus constituebatur, insereretur: nam si in formula non esset, judex ejus rationem habere non poterat, quia formula eum includebat, et certos, quos non excederet, terminos ponebat, ut ait Seneca 3. *de benef. c.* 7. Sed in bonae fidei judiciis, non erat necessaria talis praevia exceptionum impetratio, secundum ea, quae modo diximus. Verum tempore Diocletiani et Maximiani, quo sublatae sunt formulae judicesque pedanei, *l.* 2. *C. de Judic. pedan.* quis ordo fuerit hac in parte, iidem exponunt Imperatores in *l.* 9. *C. h. t.* Reus qui non plane certus est, actoris intentionem esse falsam, si quas habet exceptiones, eas initio contestari debet, atque ubi viderit, actorem probasse intentionem suam, tunc exceptionem suam, prius solummodo contestatam, adhibere atque urgere potest, quovis tempore, modo ante condemnationem, ut etiam ex *d. l.* 4. *C. h. t.* et *d l.* 9. *C. de praescr. l. t.* constat. Idque sine discrimine bonae fidei et stricti juris actionum, quod etiam *d. Lex.* 10. §. 1. indicat verbis initialibus, *Fidejussor seu Mandator*, ut hic textus cum caeteris optime conveniat, nec ullius egeat emendationis, ut nunc est. At Triboniani manus agnoscenda sit, deinde videbimus: Certe non placet deleri verba, *seu Mandator*, et pro *Condemnationem*, legi *Contestationem*, ut volunt Viri Cl. Nam si *contestationem* simpliciter legas, in hac quidem materia non *Litis* contestationem, ut emendatio volt, sed *contestationem*, cujus *d. l.* 8. *et* 9. *h et l.* 9. *C. de P. l. t.* meminerunt, qua in antecessum mentio fit exceptionum, intelligi oporteret: ast ante illam postulari exceptionem, res est, quae fieri non potest, nec habet intellectum. Tamen ne occasio relinquatur dubitandi, quominus tam gravis mutatio in textum recipiatur, argumenta adduct haud levia, ut videtur, in quibus hoc primum est, quod verbo heic *postulari* Imperator utitur; postulare autem est, ut Ulpianus refert, desiderium suum, vel amici sui in Jure, quod est ante litis contestationem, coram eo, qui Jurisdictioni praeest, exponere, vel alterius desiderio contradicere. *l.* 1. §. 2. *de Postul. et l.* 4. §. 8. *de Damno inf.* Ad hoc nostra sic ratio est; verbum *postulandi* equidem hunc habere sensum apud veteres communiorem, non est quod negemus, sed hanc unicam esse significationem, nemo dixerit. Nam et Ulpianus in *d. l.* 1. §. *Removet.* 6. *de Postul.* scribit, apud Judices pedaneos etiam postulari, quod est sane post litem contestatam: Atque omnino sumitur postulatio pro quovis desiderio, quod in jure vel in judicio proponitur. *l. ult.* §. *ult. de Appellat.* Quin latiorem significationem jure posteriori apud Caesares invaluisse, quin eos desiderium hoc ipsum, quo post contestationem exceptionis initio litis motae factam, demum urgetur exceptio, hac voce designasse, patet ex superius citata *l.* 9. *C. de Praescr. long. temp.* cujus verba, cum praesenti quaestioni maxime conducant, apponere visum est. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. *Emptor bona fide contra praesentem decennii praescriptionem, in cujus initio contestationem haberi sufficit, posteaquam suam impleverit intentionem petitor, adhibita probatione justae possessionis defensus, absolvi recte* POSTULAT. Habemus postulationem post contestationem scilicet: et quidem in fine judicii. Aliud argumentum emendationis; Ait Imperator, *postulari ex* ORDINE *solet.* Nec dubium, quin certissimus ab eo judiciorum ordo designetur, quo in judiciis stricti juris exceptio a Praetore impetratur, formulam vero simul cum judice ante litem contestatam dari consuevisse, notius est quam ut probatione indigeat. Sic illi, neque de nihilo; quatenus *Alexandri* tempore, quo Ulpianus et Paolus adhuc supererant, ordo vetus nondum penitus exolaverat. Quare ut in compendium, quod mihi videtur, conferam; textum, qui cum aliis juris locis in Codice Justinianeo, tam eximie consentit, emendandum, ut Viris Clarissimis visum, non censeo; quominus autem Tribonianus Alexandri verba, sequentis usui temporis accomodavit, non intercedo, si quis conjiciendum arbitretur. (1)

3. (b) Hactenus de *L.* 10. §. 1. *C de Fidejuss.* Secunda pars Rubr. est de Praescriptionibus, quae saepe pro exceptionibus sumuntur, hic autem restringuntur ad eas, quae a tempore desumuntur, de quibus *tit.* 3. *infra.* Vid. *praelect. ad tit. inst. de Except. a pr.* ubi fuse de *praescriptionibus*. Tertia pars inscribitur, de *Praejudiciis*, quae sunt exceptiones, per quas excluditur actio, hac ratione, quod praepostere instituatur, futuraeque actioni faciat praejudicium, *l.* 12. 16. 18. velut si quis familiae erciscundae velit agere, antequam declaratus sit haeres, vel petere servitutem, antequam vindicaverit fundum. *l.* 16. *h.* Alia sunt in *l.* 18.

De moribus aliquid addit Thomasius; *de moribus nostris dixi* ad Inst. h. t. n. 14. *et nulla fere provincia est, quae non de tempore*

(b) *Pos.* 8. et 9.

(1) *Hic adde expositionem quam dat Abraham Wisling* lection jur. lib. 1. cap 16. *ubi eumdem textum ab omni crisi vindicat, defensa vulgata lectione.*

oppunendi exceptiones peculiariter dispo-suerit, ut adeu controversia, quam auctur supra tractavit, ad mere theoroticas sit referenda.

4. Haec rstin facit, ut quse prolizo de Exceptinnibus a me prodita, rerumquo judicatarum exemplis illutrats sunt in *parte I. Jurisp. hod. lib. 2. c. 17. et* 18. beiu praetsreunde putem. Hoo tameu dissimulari non potest, quod *supra* de oontcstandis exceptinnibus dictum est, hacteous servari, ut sufficiat generalis contestatio; qua reus, se libellum actoris haud sliter admittere declarat. *quam salvis exceptianibus et defensionibus*, qus supposita, servantur eadem fere de tempore modoque oppooendi exceptinnis, quae jure eivili coostituta et superius exposita suut. (c) Porru, per nppositionem exceptiones peremptoriae et diletoriae, quso esusain spectat, adeoque omoium per quas reus consequitur, ne vel plane coodemoetur, vel adhue noo, vel nan ita saltem ut procedit, committitur litis cootestatin; nisi quod exceptio rei judicatae, transsctionis, et jurisjurandi, creduntur impedire litis ingressum, qua de re *ad tit. Quar. rerum act. nun dat.* Iode receptum est, ut omnes exceptiones poremptoriau dilatoriseque, ad causam spectantes, non vocentur *Exceptiones*, sed Responsiones: solaeque exceptiones ad judiciam vel ad personas judicum spectentes, quae impediuut litis contestatinnem, hoo nomine eognnscantur, ut nbservatum est *ad tit. de judie. n.* 22. *pag.* 225. *et* 226. *part. praeced.* Mouiti sint igitur Studiosi, quibus aliquando animus est in Foro versari, illie ita institui, ut qui so exciporu dicit, concludst se non teoeri sd litem cootnstaodum. Qusre si quis medium respondeodi sufficiens ad absolotionem, per modum exceptionis proponat, cum expensis rejicieudus est. Nou idem usu venit, qusndo exceptiones per moduw respondendi proponuntur: judex eoim nihilominus earum habet rationem, sicut etiam, quaodo rejicitur exceptio, eulet addi, integrum esse reo illis uti in respondeodu, ut harum rerum ssepn sit aneeps discretio. Nec paucs suot, quae tam ante quam post litem contestsm moveri possunt, ac ideo quse mota prius, impediunt litis contestatiooem, uoo mota faciunt sd absolutinnem, ut est exceptiu falsi Procuratoris, quam aliquaodo etiam post senteotiam oppoui posse, diximus nlias ex *l.* 24. *C. do Prucurat.* Regulsriter equidem partium quelitates lite contestata convalescunt; non tameu si oullitates sunt: Exemplum; Mulier uupta, viro sdsisteote, agebat, ut Tutrix liberorum suorum; lite sine exceptiooe cootestats, quaerebatur, ao vitium per litis uontestatiooem emeudatum esset; judicatum uon esse, quis nullitss erat. *l.* 2. *C Quand. Mul. Tut. Off* in causa *Barbarae Jacobi contra D. Epaeum A. d.* 4 *Novembr.* 1680.

5. Nullitatis alioquin allegetio, quid differat ab exceptionis effectu, diximus *ad tit. de Sc. Vellej. n.* 7. *part. praecud. pag.* 447. cum aliqua tameo remissione ad hunc locum. Nullitatis, etsi non sit allegata, judicem nihilomious rationem habere oportere diximus: Exceptinuis noo aeque. Sed excipiunt Dd. quos refert Sandius *lib.* 1. *tit.* 7. *def.* 3. *tales exceptianes, quae ipso jure removent actiunes.* Vellem quae sint illae, dixisset ipse, aut hi quos laudat. Au eruot exceptiones, quas juris appellant communiter, de quibus Vinnius ad *tit. I. de Excopt.* §. *ult. n.* 8. et quo ille refert Exceptionem beneficii Ordinis, item SCti Vellejani, Macedoniani et similes, quae ex ipsa eonditione personae de jure eompetunt? Noli eredere; Nam do priori exemplo probat ipse Sandius, Excussionis sive Ordinis exceptionem, a Judice non suppleri, *defin. praeced.* Nosque idem probavimus de utroque Senstusconsulto ad *d. tit. de SC. Vell.* Deoique, Sandius ipse nullas agnoscere videtur ejusmodi oxceptiones, ne quidem praescriptionis, nisi quibus lux specialiter adjieit, actiones per eas haberi pro nullis et extinctis, oujosmodi exemplum subjicit in *fin. d. decis.* 3. Plann, eum ipso jure, et per exceptionem operari, sint termini in juro oppositi, non admodum quid exempli esso quest, animadverto; uisi huc referas exceptiooem pacti in contineoti cootractui stricti juris adjecti, de quo diximus *ad tit. de Pactis n.* 5. *in fin. part. praeced. pag.* 143.

6. Ex eo, quod exceptio dicitur Actionis exclusio, apud *Inst. h. t in fin.* collegimus, non dari exceptiones exceptiooum, etsi quodam seusu Replicatio sic appellatur. *l.* 22. §. 1. *h. t.* Sed in Foris nostris receptus est mos, ut ego quidem existimo, pravus neque juridicus, ut quando exceptionem videut alio modo, quam debet, oppositam, tum nou respondeant ad exceptionem, sed excipiant, se non teneri ad respondendum exceptioni, qua exceptiooe rojecta, tum demum respondent ad exceptionem primam. Institutum ut nullo modo necessarium, ita litibus intricandis et sumptibus augendis repertum; nec unquam aliter, quam exceptiones Exceptionum, quae proponebantur, esse easdem cum mediis respondeodi, animadvertere mihi datum est. Adeo ut, quoties accidit ejusmodi exceptionem exceptionis rejici, aotoremque ad exceptionem respoudere juberi, eaedem rationes semper in responsione repetitae fueriot. Beoe igitur consulueriot, qui regnum forense teneut, ei

(c) *Pos.* 7.

exceptionis exceptionem generali lege praecidant prohibeantque; sicut eadem ratione in processu executivo Curia nostra pridem statuit, nullas omnino admittendas exceptiones, etsi contra formam juris Executio dirigatur, sed oppositione directa utendum, quemadmodum pluribus etiam exemplis rerum judicatarum, de utroque genere demonstravimus, in *part.* 2. *Jurisp. hodiern. lib.* 2. *cap.* 18. *n.* 9. *et seqq. ad fin.*

TIT. II.

DE EXCEPTIONE REI JUDICATAE.

I. Quibus haec exceptio detur. II. Quando res sit eadem. III. Quando personae eaedem. IV. Quando causa. V. Reum damnatum non posse repetere ut indebitum quod solvit. VI. Exemplum limitationis. VII. et VIII. Limitationes aliae quaedam.

(a) Res judicata parit actionem et exceptionem, atque haec frequentior est illa; nec enim actio locum habet, nisi incerta sit sententia ob incertitudinem rei, de qua litigatum fuit, ut dix. *ad tit. de re judic. n.* 50. Exceptio rei judicatae datur ei, qui convictus sit, ne non obligatum, sed ab judice absolutum esse, et habet locum, quoties eadem res, inter easdem personas, ea eadem causa in judicium deducitur. *l.* 3. *et* 4. *l.* 12. 13. *et* 14. *h.*

2. (b) Res dicitur eadem, quando et pars ejusdem repetitur, *l.* 7. multo magis qui partem petens repulsus est, si totum petat, excluditur; vel qui parte una petita, deio alteram petit, *l.* 33. §. 1. *de Usufr.* ubi et ex nova causa pars altera petitur, sed quae a priori pendeat; utique si pars recens accesserit; secus esse oportet. *l.* 14. §. 1. *h.*

3. (c) Personae eaedem sunt, non modo defunctus et haeres, dominus et procurator, sed etiam auctor et emptor, debitor et sponsor, *l.* 11. §. 7. 8. 9. *et ult. l.* 28. *h.* non cohaeredes, *l.* 22. *h.* sed in fideicommisso graduali, primus et sequentes personae, licet non haeredes, pro iisdem habentur. Covarr. *pract. qu. c.* 13. *n.* 5. *in pr.* Carpzov. *P.* 1. *Const* 26. *def.* 19. quod etiam in nostra Curia servatur, et memini judicatum inter partes praenobiles.

4. (d) Quod ad causam, interest inter actionem in rem, et in personam, *l.* 14. §. 2. *h.* qui enim personaliter non actione petit, is repulsus, ex alia causa adhuc agere potest: Sed qui in rem simpliciter egit, etsi probationes ad causam donandi direxit, postea tamen ex causa venditionis aut simili agere nequit; quod tamen secus est, si donationis causam in libello expresserit, *arg. d.* §. 2. Adde quae habuimus ad *tit. de Edend. n.* 8. Imo (oppon.) nec in personalibus de eadem re ex diversis causis agere licet. *l.* 5. *h* Resp. Sic est, si actiones modum potius diversum quam diversam negotii originem continent, ut exemplis patet in *d. l.* 5. Caeterum, qui in rem agit, nec obtinuit, eamdem rem sine metu exceptionis condicere poteat. *l. ult. h.* Quandoque in rebus et personis diversis obtinet haec exceptio, si prior causa posteriorem actu extingoat. Ex gr. Obtinuisti querela inofficiosi adversus haeredem, prodest tibi sententia et contra legatarios, quia sublato testamento, legata intercidunt. Evicisti rem tuam a possessore, prodest sententia et adversus creditorem, cui possessor eam obligaverat. Vid. *l.* 63. *de Re Judic.*

5. (e) Sunt, qui docent, reum condemnatum, postquam solvit, denuo audiendum esse, quando condictione indebiti solum repetit, sine metu hujus exceptionis, eo quod alia sit conditio personarum, qui modo reus, nunc actor. *l.* 14. *in pr. h.* Ita Carpz. *Process. tit.* 6. *art.* 3. *n.* 67. *et seqq.* Struv. *ad h. t. n.* 21. Probant ex *l.* 10. §. 3. *de Edend. et l.* 31. *de Jurejur.* Sed tu noli credere rem, evertendis judiciis repertam: neque textus id docent, et ratio, optimumque publicum vetant, nec apud nos tolleratur, si res, personae causaeque sint eaedem.

SCHOLIUM.

Sed opinio tamen Carpzovii reconventioni Saxonicae et processui executivo consentit, per ea, quae Carpzovius d. l.

6. (f) Hoc equidem verum est, si maritum actionis, quam nunc vis instituere, prinre judicio non fuerit examinatum, posse fieri, ut non obstet judicati exceptio, *arg. l.* 8. §. 2. *de Negot. gest. l.* 6. *h. t.* etsi res, personae, causae sint eadem. Exemplo rem illustrabo. Titia pro marito intercesserat jurata, sed in obligationis instrumento tribus testibus non confirmato. Quam formam intercessionis uxoriae non valere, diximus *ad tit. de Sc. Vellej.* Erat tamen condemnata, judicinque Revisionis sententia approbata fuerat, idenque solrere

(a) *Pos* 1. *et* 2. (b) *Pos.* 3. (c) *Pos.* 4. (d) *Pos.* 5. 6. *et* 7. (e) *Pos.* 8. (f) *Pos.* 9.

gesta. Non jure, ut quidem videbatur. Insurrexit denuo, et auctoritate Carpzovii aliorumque movere instituit condictionem indebiti. Victor opponebat exceptionem rei judicatae. Titia non tantum allegabat, esse diversam actionem, diversas qualitates personarum, Actricem quae modo rea fuerat, et contra; sed inprimis urgebat, in priori lite de valore intercessionis in forma non esse disceptatum; sed tantum de valore debiti principalis. Hac ratione factum est, ut exceptio rei judicatae rejiceretur. Ideoque Titia, cum vitium intercessionis liquidum videretur, de eventu non dubitabat: sed deinceps in lite principali tamen succubuit, quia non poterat esse indebitum, quod ex sententia solutum erat, *l.* 36. *Famil excisc.* et quia plenius compertum erat, in priore quidem instantia nihil aut parum de vitio intercessionis esse quaesitum, sed in judicio revisionis hoc meritum causae ex professo ventilatum fuisse. Ita in causa *Eclk Gerbens Haersma* contra *Agatham viduam Croddebosch. d.* 26. *Maji* super exceptione et *d.* 27. *Octobr.* super lite principali. 1679.

7. Quod si alioqui sana ratione dici queat, res aut personas non esse easdem, judices non debent, neque solent esse difficiles in rejicienda exceptione rei judicatae, quo pertinent ea, quae diximus ad *tit. de Re Judicata.* Addemus unum et alterum exemplum. Emptor conventus de pretio, recusaverat solutionem, eo quod res sibi non esset tradita; sed condemnatus erat. Dein agebat in id quod interest ejus quod res sibi tradita non fuisset. Alter opponebat exceptionem rei judicatae, sed rejecta est, quia non eadem est quaestio de pretio solvendo ex causa venditionis contractae, et de solvendo eo quod interest ob rem non traditam. Si pretium, ut indebite solutum, repetiisset, haud dubie repulsus esset. Ita refert Nanta judicatum 7. *Sept.* 1637. Aliud. Emptore convento, alius mandator emendi pro illo interveniebat, et dicebat, se mandatu venditoris ipse mandasse, ut augeretur pretium: historiam habuimus *ad tit. D. Mandati num.* 3. sed interventione sive defensione rejecta mandator se liti adjunxerat. Emptor condemnatus mandatorem suum convenit ad indemnitatem; Hic rursus venditorem, a quo ipse mandatum habere se, adfirmat. Venditor excipiebat rem judicatam, hoc modo: Tu voluisti, ut mandator emptoris, et simul ut mandatarius meus, intervenire pro emptore; non es admissus. Junxisti te liti, in qua idem meritum causae fuit disceptatum et rejectum, Nunc igitur eamdem recoquis crambem. Sed exceptio rejecta est; quia mandator ille emptoris et mandatarius venditoris, adversus hunc in lite non constiterat, ideoque diversae erant personae, *in causa N. Wardae contra Curatores liberorum Dris a Loo, Procuratoris Fisci Frisiae.*

8. (g) Opposuit aliquis hanc exceptionem, ut litis ingressum impediret; Rejecta est; Quaeritur, an deinde tanquam medium litis decisorium adhuc opponi possit. Existimo posse; quia tantum est decisum, quod litis ingressum impedire non deberet, non quod omnino ejus ratio habenda non sit, ut ita saepe judicatum est in Curia nostra: etsi non sit adjectum in sententia, per quam rejecta fuit exceptio, *argumentum ejus causae principali reservandum.* Illud denique per se patet, non posse huic exceptioni locum esse, quando sententia a judice non competente lata est, vel quando ab ea cis tempus legitimum est appellatum. *arg. l.* 4. §. 6. *de re jud.*

TIT. III.

DE DIVERS. TEMP. PRAESCR. ET DE ACCESSIONIBUS POSSESSIONUM.

I. Praescriptiones variae Juris Civilis. II. Quid moribus. III. De Accessionibus Possessionum, remissive. IV. De Praescriptione biennali debitorum minorum, singularia quaedam.

(a) Vocem Praescriptionis hoc loco nihil aliud quam exceptionem ratione temporis significare, jam diximus. Sunt autem tempora, quibus actiones finiuntur, admodum varia, quemadmodum id alias satis explicatum est. Exempli causa sint; praescriptio tridui, de qua in *l. un. de gland. leg.* decem dierum in appellatione interponenda, *Nov.* 23. *c.* 1. viginti dierum in *auth. Offeratur. C. de litis cont* duorum et sex mensium, in aedil. Edict. *l.* 19. §. *ult. l.* 31. §. 22. *de Ædil. Ed.* Anni in poenalibus Praetoriis, Biennii in dolo, Triennii in usucapione mobilium, Quadriennii in restitutionibus in integrum, Quinquennii in Querela inofficiosi, Decennii in hypotecaria, et usucapione immobilium inter praesentes, viginti annorum inter absentes,

(g) *Pos.* 10. *et* 11. (a) *Pos.* 1. *et* 2.

Trigiota ie omnibus reliquis. Deoique et annerum XL. in certo easu hypothecariae, uec non L. annorum in condictione qua repetitur quod alea deperditum est. *l. ult. C. de Aleat.* Centum. contra Ecclesiam. Rom. *Nev.* 9. quanquam *Nev.* 131. *c.* 6. Ecclesiis generaliter det XL. annos.

2. Moribus populorum haec varietas praescriptionum fere ebsolevit: visque alis iu usu est, quam tertiae partis seculi, hoc est eentum annorom, ut testatur Grotius *Introd. lib.* 2. *part.* 7. *Wat het.* Goris *Advers. Miscell. c.* 9. A. Matthaeus *Paroem.* 9. a quibus tamen ex parte dissentit Groenevvegius *ad tit. de Praescr.* 30. *vel* 40. *annor.* qui mobilibus praescribi anei's 30. immobilibus trientem seculi praescriptum eeoset. Gentes autem, que jurae scripto ntuntur, quas inter excellit Frisica, eoe recedunt hac parte a jure civili.

3. Proinde hein omnes agnoscimus praescriptieoes romanas, nisi quod unam adjecimus praescriptionem ex Edicto Caroli V. Romanis ignotam, ut arbitror, quae est biennalis, qua salariis et mercibus minutim venditis judicialiter intra bieonium non exactis praesoibitur, aet deceonio, si debitum scriptura sit comprehensum, adversus primum debitorem, biennio adversus haeredem, eodem easu. Noo repetam quae Sandius super hac praescriptione, Gallis etiam usitata, teste Imberto *I. Inst. For. c.* 34. cemmentatur iu *lib.* 5. *tit.* 6. *def.* 6. Addam pauca siogularia; Qui eerevisiam caupooibus vendunt per dolia integra vel dimidiata, eon esse referendos ioter venditores mereium minutim venditarum, refert jedicatum Sandius. Idem de frumento, herdeo, tritico, majoribus saccis vendito, statuendum videbatur. Nam et mole, pretieque, dimidiatis eerevisiae doliis, uon ceduut. At de avena talibus saccis vendita, aliter visum est Senatui Curiae uostrae, in causa *Tarquini Hearici Banga* contra *Mariam ab Unia d.* 3. *Mart.* 1682. forte quod avena longe mieoris pretii sit, quam uobiliores frumenti species.

Victus pretia, *kostpennigen*, essentne praescriptioni bienoali subjecta, disputatum fuit, ac ita decisum est; ei quis ad dies vel ad septimanas, modico tempore de alimentis sit pactus, habere locum praescriptiooem, non si ad annum vel ad majorem anni partem convenerit, etsi modus paetionis secuudum septimanas sit constitutus. *d.* 22. *Octobr.* 1680.

Lex habet elausulam, *Nisi debitor fateatur debitum esse justum et non solutum*, de cujus mente Sandies *d. Decis. in fin.* Sed quaesitum est, eum Creditor partes esset docere eausam debiti esse justam, nihilque solutionis esse factum, negante tameo debitore, an ereditor admittendus esset ad probationem? Judicatum est non esse admitteodum. Et alias, postquam ereditor satis probasset justitiam debiti, et solutionem non factam, debitor tamen alterutrum negans, est absolutus. Utrumque judicatum est *ante ferias aestivas* 1680. iu causa *Justi Blenkenfield Mercatoris Hagiensis*, contra *B. V.* et rursus iu causa *Joannis Jonclyni Sarteris Arausionum Principis*, *contra N. B.* Ratio est, quia Lex non ait, *nisi constet*, *debitum esse justum neque solutum*; sed, *nisi debiter id fateatur.* Illo igitur negante, locum habet Statutum, cujus exactam interpretationis observantiam esse debere, nemo negat. Lex ait; post lapsum praedicti temporis talia debita intelligentur acceptilatione perempta, *behoorlyk gequeeten*, ita ut de illis actio nulla detur: hoo uno easu excepto, *si debitor fateatur.* Natura negotii et scopus Legis id etiam postulat. Quippe nihil magis praescriptionis rigorem enervaret, quam si partes ad probandum disceptandumque de valore debiti, post temporis lapsum, admitterentur.

Si quis roget, an bujusmodi praescriptionis usus cum ratione conscientiae satis conveniat, respondeo; si debitor fallat, nemo dubitat, quin nefarius sit, etsi esuriem hac una ratione possit evitare, quemadmodum alter ex duobus illis reis modo demonstratis, vir nobilis, indicabat, ea se, fatendo, redactum iri. Judicem existimo non peccare, si legi obsequatur, etsi reum fallere non dubitet: quia pronunciat debitum vi legis abolitum; ita quemadmodum iu praescriptione longissimi temporis, etiam malae fidei possessores absolvuntur.

Sed de eo postea consulti sumus. Si reo post interlocutionem non faciente copiam sui, interrogationes adversarii per debitoris contumaciam pro confessis habeantur, an tum rees eno sit damnandus, etsi verum oeo sit, eum esse confessum? Nec est dubium, quin confessio per legem ficta io hoc etiam legis articule vim effectumque confessionis habere debeat.

3. (b) Parti secundae Rubricae. satisfactum *supra ad tit. I. de Usucapion. sub fin.* Sunt enim accessiones possessionum uihil aliud, quam tempora, quibus successores continuant possessiones ab antecessoribus inchoatas. Reliqua supplenda e *tit. Inst. de Perpet. et tempor. act.*

(b) *Pos.* 3.

TIT. IV.

DE DOLI MALI ET METUS EXCEPTIONE.

(a) Exceptiones doli et metus, ex actionibos ejusdem nominis satis intelliguntur; hoc tamen interest: Exceptio doli est perpetua et generalis, cum actio sit biennalis et extraordinaria, *l.* 5. §. *ult. h.* ubi et ratio differentiae, communis tamen omnibus. Nam quia actor in potestate habet quando velit uti jure suo, non est inconveniens quibusdam actionibus breviori spatio praescribere, quod aliter se habet in reo, qui non potest opponere exceptionem, nisi prius actio moveatur, quod eum expectare oportet; ideoque nulla exceptio est temporaria. Porro, de dolo procuratoris, ante lit. cont. exceptio non datur, nisi in rem suam sit, aut omnium bonorum, *l.* 4. §. 18. ubi praesens dolus est, qui post lit. cont. committitur.

(b) Differentia exceptionis. Quod metus causa, et Doli, habetur in *d. l.* 4. §. 33. Nam is, qui de dolo excipit, personam exprimere debet, quae dolum admisit: quod secus in metu. Dolus mere personalem habet rationem; quocirca nec dolus venditoris noceat emptori; licet donatoris dolus noceat donatario; idemque discrimen in caeteris causis onerosis atque lucrativis obtinet. *l* 4. §. 31. *h. t.* Rursus tamen ejus qui dolo deceptus est, respectu, est in rem exceptio, ut non quaeratur, adversus quem commissus sit dolus, sed an ea in re dolo malo quid factum sit a parte actoris: ideoque rei cohaeret haec exceptio, et fidejussori quoque prodest. *l.* 7. §. 1. *de Except.* In hoc convenit cum actione de dolo, quod adversus parentem vel patronum non datur; utpote sugillans eorum famam, sed adversus has personas in factum excipere oportet. *d. l.* 4. §. 16. Est et ubi replicatio doli datur, veluti adversus exceptionem SCti Macedoniani. *l.* 4. §. 14. Sed contra doli exceptionem non datur replicatio doli, quia in pari causa reus est favorabilior. *d. l.* 4. §. 13. Proinde si creditor tuus te deceperit, tu illum rursus, ipsi dolus suus obest, quem ei recte objicis; Ille tuum tibi opponere non potest.

TIT. V.

QUARUM RERUM ACTIO NON DATUR.

(a) Proprie actio non datur, quae est ipso jure nulla: sed hic non dari dicitur, quae exceptione peremptoria eliditur, ex ratione *l.* 112. *de R. J.* Vulgo per excellentiam quatuor exceptiones ad hanc classem referuntur, quae vocant litis finitae; ut Rei jud., Transactionis, jurisjurandi, et praescriptionis. Sed dari plures, docet hic titulus, ut in *l.* 2. §. 1. *et* 2. *h.* Qualis, exceptio jurisjurandi, item Vellejani et Macedoniani SCti, ex quibus dantur exceptiones, et tamen actiones inde negari dicuntur. *l.* 1. *de SC. Maced.* *l.* 2. §. 1. *de Sc. Vellej.* Sed jurisjur. exceptio huc proprie pertinet, quatenus, cum juratum est, non quaeritur amplius an debeatur, sed an juratum sit, ut dix. *ad* §. 11. *Instit. de Action.* adde Pos. *h. num.* 1. *et seqq.* Denique, si quae sint exceptiones, quae sic insunt a parte actoris, ut non actionem quidem, sed plus quam exceptionem pariant, atque jus actoris per se ac immediate mutent, cujusmodi esse quae ex pactis in continenti stricti juris contractibus adjectis oriuntur, aliquoties diximus ex *l.* 40. *de Reb. Cred.* tales huc enixe referendae sunt.

TIT. VI.

DE LITIGIOSIS.

I. De Exceptione Litigiosi. II. Poena alienantis rem litigiosam. III. Quando personales actiones fiant Litigiosae. IV. Usus tituli.

(a) Hunc titulum e positionibus, ut a Thomasio scholiis suffultae sunt, exhibebimus. Exceptio litigiosi datur Possessori, qui de re, quam tenet, litigat, adversus eum, qui rem interim a petitore, (non a tertio) comparavit. *l.* 1. §. 1. *h.*

(a) *Pos.* 1. *et* 2. (b) *Pos.* 3. 4. 5. *et* 6. (a) *Pos.* 1. *et seqq.* (a) *Pos.* 1.

SCHOLIUM.

Litigiosa res est, de cujus dominio causa movetur judicialiter, inter petitorem et possessorem, auth. litigiosa. C. h. t. *fitque litigiosa tam respectu actoris, ipsa scilicet actio, quam respectu rei, nimirum res quae vindicatur. Effectus vero litigiosi potissimum*, (*reliquos vide ap. Franzk.* lib. 1. resol. 11. et *Sand.* de proh. rer. alien. Part. 1. c. 9.) *duo sunt scilicet exceptio litigiosi, et litigiosi poena. Exceptio litigiosi datur, si actor actionem litigiosam alienaverit, et is, cui alienatio facta, novam actionem adversus possessorem instituat.* l. 1. §. 1. h. *Dico, si actor alienaverit. Nam de reo, si is rem alienaverit, causa non videtur esse habilis, in qua exceptio litigiosi adversus eum qui a reo comparavit, usum habeat. Poena litigiosi est, quod reus alienans rem litigiosam, et is in quem alienatio facta, mulctentur secundum ductum* l. ult. C. h. t. *Sed quid si actor actionem alienaverit, an et tunc poena* d. l. ult. *habet locum? Ita puto, per* d. l. ult. pr. *verb.* vel actiones. *quamvis dissentire videatur* Sande d. l. n. 41. *Ex his simul patet, quomodo differat hic titulus, a titulo* ff. de alienat. jud. mut. causa facta, *tum et a tit.* Cod. ne liceat potentioribus etc. *Ibi enim, ut alias differentias taceam, utrobique coercetur alienatio rei litigiosae, actionis quidem in* d. t. Cod. *rei vero in* d. t. ff.

(b) Porro Venditio quidem ipso jure valet, *arg. l.* 18. *de R. V.* sed exceptione vim suam amittit. Sand. *de Prohib. rer. alien. P.* 1. *c.* 9. *n.* 11. *et seq.*

SCHOLIUM.

Jure Novo per l. 2. C. h. t. *verb.* tanquam si nihil factum et l. final. §. 1. C. eod. *verb.* irrite rei alienationi *ipso jure nullam esse ejusmodi venditionem, statuit Franzkius* d. resolut. 11. n. 61. seqq. *cujus tamen textibus facile responderi posset, si quaestio haec haberet usum.* vid. l. 112. de R. J.

2. (c) Praeterea, qui vendit ejusmodi rem potentiori, duplum † adversario solvere cogitur. *l. ult. h.* Lex *ult. C. h.* fisco duplum addicit, sed non loquitur de potentioribus, †† duplo autem continetur res et pretium. *dd. ll.*

SCHOLIUM.

† *Sensus* d. l. ult. Cod. h. t. *hic videtur. Aut emptor scit rem litigiosam esse, aut non. Priori casu venditor pretium quod accepit et alterum tantum, fisco praestat, emptor vero rem tenetur reddere, et alteram tantam quantitatem fisco inferre. Posteriori casu emptor nihil praestat, sed venditor emptori pretium conventum reddit, et insuper tertiam pretii partem, fisco vero solidam rei aestimationem infert.* conf. Sande d. l. num. 14. et 15.

†† *Videtur auctor per haec verba* d. l. ult. C. cum. d. l. ult. ff. *conciliare velle, quasi nimirum, si res alienetur in potentiorem, duplum sit praestandum adversario, sin in alium, qui non est potentior, duplum addiendum esset fisco. Quae si auctoris mens est, licebit nobis ab eadem recedere, cum regulae interpretationis bonae istam conciliationem non admittant, placetque adeo, poenam litigiosi aliam fuisse jure veteri,* d. l. ult. ff., *aliam jure Novo Codicis.* d. l. ult. C.

RESPONSIO.

Non erat determinata conciliatio, sed notatio simplex ejus quod in textu habetur; unde Lector, quod vellet, existimaret.

N. ADDIT.

Ergo jam agnoscit Auctor antinomiam. Interim ego etiam patior, ut lector observando quod in ejus positione habetur, quid velit existimet, utrum Auctor afferendo distinctionem in potentiorem et non potentiorem, voluerit hanc antinomiam conciliare nec ne.

(d) Emptor ignorans, pretium a venditore potest repetere, ac insuper trientem; sciens, pretium perdit, et tum singuli mulctantur simplo. *d. l. ult. C.* Excipiuntur ab hac poena, alienatio per testamentum, ex causa dotis, donationis propter nuptias, transactionis, et divisionis haereditariae. *d. l. ult. C. in fin.*

3. (e) Actiones personales † litigiosae non possunt etiam alienari, et fiunt tales post litem contestatam, non prius, ut omnes observant ex *l.* 2. *C. h. t.* quae tamen †† diserte ait, actiones esse prohibitas alienari, de quibus ab actore lis mota est, sicut et alias tempore litis contestatae refertur ad tempus motae controversiae, in *l.* 25. §. 7. *de haered petit.* scilicet, quibus casibus non tam novatio, quam mala fides consideratur, in qua reus constituitur, sola actoris intentione proposita.

SCHOLIUM.

† *Actiones personales equidem litigiosae fiunt respectu actoris, non vero res quae per actionem personalem a reo petuntur, pro litigiosis habentur, vide late Franzk* d. l. n. 23. seqq. item n. 25. et 39. †† *Obscuriora haec sunt. Sensus hic subesse videtur.* Thesis. *Actiones personales demum fiunt litigiosae post litem contestatam* d. l. 2. C.

(b) *Pos.* 2. (c) *Pos.* 3. (d) *Pos. Pos.* 4. *et* 5. (e) *Pos.* 7.

bie. Objectio; *Fiunt etiam ante litem contestatam, quia tempus litis contestatae in legibus nominatum, non excludit tempus anterius*, l. 25. §. 7. de Haered. pet. Responsio; *Valet haec assertio, si sermo sit de reo, ejusque mala fide.* d. l. 25. §. 7. *At hic sermo est de actore.*

RESPONSIO.

Non omne, quod volui, complexum est in scholio. Indicare volui, multum referre, dicas per litis contestationem, an per motam controversiam, actio personalis litigiosa fiat.

Exemplo momentum rei patebit. *Henricus Vormholt* cesserat D. *Johanni V. D. W.* obligationem in *Adrianum V. D. C.* ad summam octingentorum florenorum, reliquam e bis mille florenis. Ex qua obligatione *Johannes Adrianum* conveniebat, qui excipiebat, eam obligationem esse litigiosam, seque illam condixisse coram Curia. Re explorata, compertum fuit, *Adrianum* dictasse apud Commissarium Curiae, praevia citatione, libellum condictionis, propterea quod Creditor non implesset conditionem contractus ex qua nascebatur obligatio. Ad hunc libellum non erat responsum a Creditore, nec *Adrianus* rem ulterius urserat. Ideoque non erat commissa litis contestatio, quae non minus responsione rei, quam Actoris intentione constat. Plus anno jam erat elapsum, et quaestionis fuit in Curia; essetne obligatio pro litigiosa habenda vel non; multis ita ex communi sententia existimantibus, et sic observatum esse dicentibus, non nisi per litis contestationem actiones personales fieri litigiosas: Place, ut aliter quam paribus suffragiis actionem fuisse litigiosam, concludi, ut debebat, non potuerit, et reus sit absolutus, *ante ferias Caniculares* 1681.

(f) Caeterum, hoc inter actiones personales et reales interest; Venditio actionum litigiosarum ipso jure nulla est, *d. l.* 2. *C.* cum res aliae per exceptionem sint inutiles alienatu, ut *superius* dictum est.

4. (g) Moribus hodiernis hunc *tit.* non servari, monet Groeneweg. *ad h. t. C.* Apud nos secus est, et secundum hanc Rubr. judicatur, excepta dupli poena.

SCHOLIUM.

Moribus hodiernis, res litigiosa vendi, permutari, obligari, vel alio quo modo transferri in aliam potest, salvo jure tertii, ita ut sententia in alienantem postea lata, adversus rei litigiosae possessorem executioni mandari possit, verba sunt Wissembachii h. t. th. 26. *adductis locis JCtorum quorumdam Gallorum et Belgarum. Sed quemadmodum haec assertio loquitur saltem de re litigiosa, non de actione, insuperque de moribus tantum Galliae et Belgii,* (*quamquam nec hujus universi*, vid. auctor. hic) *testatur, ac praeterea id, quod de executione in tertium possessorem, absque novo processu facta adducitur, nihil novi est, sed principiis Juris Civilis bene convenit, per tradita Franzk.* d. resolut. 11. n. 96. seqq. *Ita non vereor asserere, dispositionem juris civilis in hac materia adhuc observari, si ejusmodi alienatio contingat.* Conf. Carpzov. P. 1. c. 32. def. 22.

TIT. VII.

DE OBLIGATIONIBUS, ET ACTIONIBUS.

I. Remissio. II. Divisio nova obligationis. III. Qui possint obligari, remissive. IV. Ad definitionem Actionis. V. An actio ab invito etiam instituatur.

(a) Enumeratio specierum loco generis clauditor. Post tot actionum formas, natura actionis ejusque matris, obligationis, tractatur: utrumque caput plena manu duabus rubricis, exposuimus *ad Instit. tit. de Oblig. et altero de Action.* quo lector et auditor aequus se remitti patientur.

2. (b) Hic adde, sis, divisionem, qua dicitur esse simplex vel multiplex obligatio: Simplex, in qua una res est; multiplex, quae continet plures. Denique pura dicitur, vel causam habens. Causae sunt quatuor, species, conditio, dies, modus, accessio: et haec rursus est personae vel rei; de quibus vid. *l.* 44. §. 4. *h.*

3. (c) Quinam obligari possint, regula tralatitia judicatur; possunt, qui non prohibentur; Rationes prohibendi, fere habuimus ad *tit. Inst. de Inutil. stipul.* et de pupillorum obligatione *ad tit. I. de quasi contract.* et de minorum *ad tit. supr. de reb. cor. qui.* elibique sparsim.

4. Definitionem actionis etiam in rem actionibus convenire, dictum est ad *pr. tit. de Action.* producta significatione vocis *debetur*, quae alioqui personalibus tantum et obligationi convenit, non iis quibus petimus id quod nostrum est. *l.* 27. §. 2. *et l.* 34. *in pr. de Aur.*

(f) *Pos.* 8. (g) *Pos.* 9. (a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 2. (c) *Pos.* 3.

et arg. leg. Alii subtilius huno uodum solvunt, eo quod actio in rem per litis cootestatiooem quasi ad cootractum et ad obligatiooem redigitur, *l.* 3. §. 11. *de Peeul.* quo sensu aceipiunt Justioiaeum in §. 5. *I. de Excep. Si in judieio teeum aetum fuerit, sive in rem, sive in personam, uiluominus obligatio durat.* Tu vero contentua ais eo, quod diximus, ut ego quidem censeo.

5. (d) Actionem suam oemo invitus oogitur instituere. Sed Dd. huo trahuot *l. diffamari.* 5. *C. de ingen. mauum.* ex qua volunt, eum qui aliquid jaetavit in alterius praejudicium, sive ad rem vel ad personam ejus pertineat, eogi posse, ut actionem suam instituat, vel perpetuum sileat. Etsi autem ea noo sit *d. l. diffamari.* Senteotia, tamen nihil in foro frequeotius est, quam usus hujus remedii. Quanquam justae eausae esse queaot, ob quas a necessitate agendi aetor excusetur, (†) ut scio de tutore judicatum, qui dixerat, pupillo suo nescio quid juris eompetere, neque tameo iostrumeotum probaodi habebat io promptu.

SCHOLIUM.

(†) *Qualis etiam est, si debitum sit sub conditione, vel in diem.* Carpz. Process. tit. 20. art. 4. o. 9. seq. et Jurispr. For. P. 1. c. 7. d. 30.

Alium easum, quo eogitur aliquis instituere actionem, habuimus *ad tit. Inst. de Fidejuss. pos.* 32.

SCHOLIUM.

Seilicet remedium ex lege si conteodat. ff. de Fidejussorib. *Positio citata, in novissima editione positionum omissa, haec est.* Attamen pragmatiei dant fidejussori aetionem adversus creditorem, qua dicat, reum principalem, vel confidejussores, nunc esse idoneos; petere se ut ereditor eos conveniat; alioqui protestetur de perieulo futuro, si desierint esse solvendo; quod remedium ex eaosa, non videtur abs re alienum. Dicitur ex *l. si contendat.* 28. *de Fidejuss.* quaoqoam ibi noo magis fundatum est, quam actio *ex l. diffamari in l.* 5. *C. de Ingen. manum.* adeo io foro decantata. Zanger. *de except. P.* 3. *e. ult. num.* 208. Carpz. 3. *resp.* 61. *n.* 8. 9. *et* 10. Paolo secus de eo THOMASIUS. *Hoc remedium in reliquis omnibus cum actione ex lege diffamari convenit, praeterquam quod in hoc non necesse sit diffamationem factam probare, cum illud in aetione ex l. diffamari requiratur.* Carpzov. d. tit. 20. art. 4. n. 24. *ubi addit: Doctores saluberrima hac actione, succurrendum judicasse reo, diffamationis probatione destituto, ne a deductione exceptionis suae penitus excludator. Caeterum, an haec observantia et sententia Dd., non introducta sit in fraudem Legislatorum, hic non disquiram. Proibent sane Imperator* in Ord. Cam. Imp. P. 2. tit. 25. in med. *et Elector Saxoniae in* ord. Proc. lit. 1. in fine: *non admittendam esse actionem ex* l. diffamari. *si diffamatio non fuerit statim demonstrata. Jam cogita: Offert quispiam judici libellum, cujus rubrica:* Actio ex l. diffamari. etc. *Judex eundem reddit ob non demonstratam diffamationem. Actor mox rediens, eundem libellum munde descriptum, cum rubrica* Actio ex lege si contendat. etc. *judici iterum exhibet. Judex non poterit ob dictam Dd. Sententiam libellum istum amplius rejicere. An igitur legislatores in dispositione memorata, saltem de titulo actionis, et non potius de actione ipsa fuerunt solliciti? etc.*

N. ADDIT.

Jam illud addendum. Sententiam illam, quam defendit Carpzovius, plane erroneam esse, unde non mirandum, quod plerique pragmaticorum ejus errorem hodie agnoverint, postquam Lauterbachius peculiari dissertatione de L. si contendat. *cum refutaverit, et in quo differat actio ex hac lege, ab actione ex lege diffamari, perspicue ostenderit.*

Apod uos hoc remedium *L. si contendat.* igooratur, oec, ut opioor, admitteretur.

(d) *Pos.* 4. 5. *et* 6.

INCIPIT PANDECTARUM

PARS VII.

LIB. XLV. TIT. I.

DE VERBORUM OBLIGATIONIBUS.

I Remissio. II. De stipulatione sub poena. III. Sine causa. IV. De usu stipulationis, si voluero.

(a) Non est alia continuationis quam a Cujacio tradita ratio; quod stipulatio per se sola non subsistat, verum aliis contractibus adhaereat semper, iisque confirmandis reperta sit. *l.* 5. *h. t.* Et hac de causa in ultimum locum rejecta esse videtur. Nos in hoc tractatu de Verbor. obligat. ita versamur, ut breviter examinando repetamus ea quae ad Institutiones variis rubricis dicta sunt; nec occurrit, quid insuper ex hujus instituti ratione requiratur.

2. (b) Nisi quod in facti obligationibus, id quod interest evitari potest, si mora purgetur ante litem contestatam, implendo factum. *l.* 84. *de V. O.* Hoc autem de poena non videtur, sed ejus jus quaeritur statim ac est commissa, id est, ubi casus extitit, quo poena vi conventionis peti potuit. *l.* 115. §. *ult. h.* Wissenb. *ad d. t. ff. th.* 13. Porro quod sub poena promissum est a defuncto, de eo cuncti haeredes, etiam qui pro suis partibus solverunt, tenentur ad poenam, quia particularis solutio non est solutio, et is, qui cessavit, cohaeredibus suis tenetur. *l.* 5. §. 3. *et* 4. *de V. O.*

3. Non valere stipulationem sine causa, diximus *ad Inst. tit. de Inutil. stipul. n.* 13. Hoc vero ita capere noli, quasi nunquam valeat promissio, nisi causa, hoc est negotium aliquod separatum praecesserit, nam qui nullam habens causam, sciens volens promisit, ille donationis causa promisisse intelligitur, ex *l.* 21. *de V. O l.* 47. *de Op .lib. l.* 53. *de R. J.* Nec si contrahentes aliam pro alia causam sumant, ut si pecuniam ex empto debitam, quasi ex mutuo is stipulatum deducant, hoc impedit obligationem, quia substantia debiti constat. *l.* 6. *C. Si cert. pet.* dix. *ad tit. I. de Inutil. stipul. n.* 13. Adde omnino quae hac de re habuimus ad *tit. de Condict. sine causa.* ubi in fine exemplum chirographi sine causa, re judicata confirmatum. Deinceps aliud hujusmodi propositum fuit exemplum. Verba chirographi: *Fateor me habere a Lucio Titio mille Florenos, pro quibus ei promitto duos ducatones annuos.* Dorum videbatur, ex hujusmodi chirographo et promissione non dari actionem praetextu causae deficientis; Respondi, non videri causam deesse. Promittuntur desi Ducatones annui; Causa promissionis, quod haberet a Creditore mille florenos. Quando ego habeo tuos nummos, tui nummi fiunt mei, et sic oportet esse mutuum, quod nec obscure arguit usura.

4. Stipulatio, si voluero, et cum voluero, quid differant, habuimus ad *d. tit. I. de inutil. stipul. pag.* 322. *n.* 11. *Part. I.* Quem effectum hae adjectiones habeant, ibidem declaratum est. Place si contractui valido Pactum, quod rem a debitoris arbitrio suspendat, adjiciatur, adversus haeredem ejus actio datur, ut ex Sandio illic observatum Addam exemplum rei judicatae, ut doctrina melius intelligatur. Titius emptor pactus erat, ut si pretium solvere non posset, hoc ei sub usuris pro lubitu retinere liceret, *tot. syn Believen.* Defuncto emptore, haeres ejus conventus et condemnatus est, in causa *Frits Mainerts*, contra haeredes *Sibaldt Hajes, d.* 15. *Jul.* 1637.

TIT. II.

DE DUOBUS REIS CONSTITUENDIS.

I. Remissio. II. Quot modis duo Rei constituantur. III. De beneficio divisionis, exemplum rei judicatae.

(a) Hunc quoque titulum habes in *Parte I.* sed abrogatum esse magna ex parte, ut ait Groenewegius, tu credere noli, utique apud Frisios nequaquam.

(a) *Pos.* 1. *et* 2. (b) *Pos.* 3. *et* 4. (a) *Pos. un.*

Scholium.

Nec apud nos. Vid. Carpz. P. 2. const. 11. def. 9. 13. 14. 15. Conf. Auctor in Praelect. ad Inst. h. t. n. 4.

2. Ad usum rei melius intelligendum, dicemus, liquidissime duos reos constitui, quando id expressum est, singulos in solidum fore obligatos, ut fere in omnibus hodie fit hujus generis obligationibus. Tamen hodieque idem intelligitur ex modo promissionis; quando plures eandem rem, eidem creditori, diversis orationibus promittunt, ut in *Inst. h. t.* exponitur. Pone, scriptum esse in instrumento: Titio deberi a Cajo et a Sempronio mille florenos; deinde subjici, Cajum promittere, se Titio soluturum illos mille florenos, item Sempronium, se eosdem mille florenos soluturum: Non est dubium, quin singuli in solidum teneantur. *d. t. I.* Item; si quod promissum est individuum sit, ut factum, singuli non possunt non in solidum teneri: promisistis Romam ire, Tabulam pingere pro me; unus vestrum cogi potest ut Romam eat, tabulamve totam pingat: secus tamen est, si factum sit ejusmodi, quod unus sine altero implere non potest: ut si duo fabri; lignarius et caementarius promiserint aedificare domum, alter sine altero non potest teneri, ambo simul, non seorsim, cogendi sunt. Dix. *Jurispr. hodiern. part.* 1. *lib.* 3. *c.* 25.

(3) Caeterum, quod diximus ad *h. tit. Inst.* correos non gaudere beneficio divisionis, id ex sententia Doctorum, et malae interpretatione *Nov.* 99. *c.* 1. secus in Foro receptum esse constat, novissimeque apud Curiam nostram ita judicatum est, inter *Macike Gerryts* contra *Dauwu Sjuukes, ante ferias N. C.* 1680. Beneficium tamen illud cessat iisdem casibus quibus in fidejussoribus cessare dicitur, adeoque etiam, si quis cum muliere fidejusserit. *l.* 48. *de Fidejuss.* Secus tamen in Curia nostra judicatum refert Nauta; si modo recte ita observatum, Facti species haec erat: *Gilbertus Verspeck.* cum matre sua se obligaverat Titio, *pariter*, *ut singuli separatim*, *te zamen*, *ende elk bysunder*: qua formula saepe videre contigit homines utentes, cum id agebant, ut duo rei constituerentur; etsi haec verba contrarium prae se ferant: et creditor in illa causa narrabat, debitorem, qui jurisconsultus erat, sibi persuasisse, tantundem illam formulam valere, quasi dictum esset, *tu zamen en elkvoor 't geheel.* Curia Verspeekium pro parte dumtaxat condemnavit, matre, quae sine viri consensu contraxerat, obligationi licet subducta. Non tam, opinor, quod correus, femina correa, non in solidum teneatur, quam quod *singuli separatim* obligati, non sint correi, sed ut vox indicat, *separati debitores.* In causa *N. Vander Hoidun* contra *Gilbertum Verspeek. d.* 27. *Octubr* 1643. Caetera ex dictis ad *Institutiones* repetantur.

TIT. III.

DE STIPULATIONE SERVORUM.

(a) Etiam de hoc capite sat dictum in *Inst.* et obsoletum esse cum servis, palam est. Quaerere tamen lubet; cum servus plurium dominorum communis stipulando omnibus et singulis adquirat, cur idem stipulando illi *aut* illi e dominis, neutri adquirat, sed τὸ ισάζαν, ut est in *l.* 13. *h.* corrumpat obligationem totam. *l.* 9. §. 1. *et l.* 18. *h. t.* Ratio est, quia cum servus non sit capax juris, quo constat obligatio, sed merum sit instrumentum facti, non potest per eum adquiri obligatio, nisi recta via personam inveniat, cui jus obligationis ἀμέσως applicetur. Talis autem persona non reperitur in stipulatione alternante, cum servus ait; Illi *aut* illi e dominis meis: constare debet *quis*? In continenti atque immediate. *dd. ll.* cum *l.* 11. *et* 12. *junctis* quae dicta sunt ad *h. tit. Inst.*

(a) *Pus. un.*

LIB. XLVI. TIT. I.

DE FIDEJUSSORIBUS ET MANDATORIBUS.

I. Remissio, et observationes de accessoria fidejussionis natura. II. Non obligari fidejussorem ad mortem, carcerem, exilium. III. IV. V. Non valere tacitam beneficiorum renunciationem, exemplis, declaratur, VI. Casus novus, quo cesset beneficium ordinis. VII. De beneficio divisionis monita quaedam. VIII. An beneficium Cessionis, post solutionem adhuc usum habeat. IX. Casus rei judicatae singularis. X. Alius.

(a) Hunc titulum, et sequentes hujus libri praecipuos, *ad Inst.* ita edidimus, ut ad paratitlarem explicationem, quae nobis est proposita, nihil admodum desiderari videatur. Plane, fidejussionem esse accessoriam obligationem, res loquitur, et indicat *l.* 1. *h. t.* non obstante *l.* 95. §. 3. *de Solut.* ubi fidejussio dicitur principalis obligatio, propter restitutionem in integrum, quae de fidejussione petita fuit.

Aliter respondent alii. Vid. Wissenbach. h. t. th. 1. (1).

Oportet igitur, ut fidejussio valeat, constare de principali obligatione. Nam si quis simpliciter se debitorem profiteatur, ex causa quae ad alium pertinet, non est fidejussio, sed potius novatio, vel etiam agnitio proprii debiti, in quo alius sese uti obligandi instrumentum habeat. Ita visum est de chirographo, in quo Titius fatebatur, *se debere centum florenos, quos frater ejus et ipse consumpserant.* Conventus ex eo, petebat beneficium: Sed negatum est, nec habitus ille pro fidejussore, in causa *Anne Jans Beervvinkel, contra Hectorem Murray, ante ferias Canicul.* 1680. secundum ea quae dicta sunt. Ferme eadem ratione, eodemque eventu judicatum est in hac specie, Tres sorores in eodem instrumento se profitebantur obligatas, singulae in solidum, cum renunciatione beneficii discussionis, et SCti Vellejani: Sed una subscripserat. Haec in solidum condemnata est, etsi non renunciaverat beneficio divisionis, quia sola debitum agnoverat, ut pro specie novationis habenda esset obligatio; cui subserviebat Vellejani et excussionis renunciatio, sine mentione divisionis beneficii. Ita in causa *Jan Kienses Tadema*, contra *Hessolum Johannis, ante ferias N. C.* 1681.

2. Fidejussio non potest intervenire in causis criminalibus, quarum poena pertinet ad corpus; hactenus enim nemo se obligare potest per *l.* 13. *ad L. Aquil.* ut dix. *in praelect. ad Inst. n.* 2.

Adde Wissenb. th. 3. *Dn. Puffendorf.* Lib. 5. cap. 10. §. 12.

Rationes, quae ad corporis poenam vetant aliquem obligari, de carcere idem suadere videntur; praeter quod omnis obligatio est de dando vel faciendo, quod utrumque ad patrimonium spectat, unde carceris conditio est alienissima: rationes contrarias removet Bachovius *ad Treutl. h. t. th.* 4. *lit. f.* a qua sententia quod se dissentire, alibi probasse, refert Thomas. *ad pos.* 3. *h. t.* nos heic non morabitur.

N. Addit.

Nos vero morabitur, ut de novo quid addamus, et judicium Lectori committamus. Addemus autem I. scholium alterum, ab auctore plane heic non memoratum, quod carceris conditio non pertineat ad res in patrimonio, ubi adjeceram, quod nullum videatur subesse absurdum, si dicam; libertatem, quae in obligatione ad carceres quasi sub conditione alienatur, esse in commercio. Deinde addam ex notis Strauchium XIV. 16. p. 160. seq. *probationem adsertionis contrariae. Quaestio de obligatione ad carceres facile solvi potest. Nam ejusmodi pactum juri naturali non esse contrarium concedit Dn. Schilter.* de jure obsid. addit. ad c. 11. n. 26. (*etiam ad carceres privatos, si a statu civili abstrahamus*) *Juris Saxonici observantiae idem convenire docet* P. II. const. 21. ibique Carpz. def. 1. *Tantum quaestio est, an id conveniat principiis Juris Romani? Affirmat cum aliis Dn. Carpz.* d. loc. *Negat Dn Schilter.* d. c. 11. *ubi rationibus Carpzovii satisfacere laborat, quibus tamen non obstantibus, placet mihi sententia affirmativa, tum arg.* textum in l. 9. de serv. export. l. 56. ff. de contrah. emt. l. 1. et 2. C. si mancip. ita fuer. alien. ne prost. l. 1. C. si serv. export. veneat. l. 3. §. 4. et 5. ff. de lib. hom. exh. *tum vel*

(a) *Pos.* 1.

(1) *Vide omnino pro intellectu* l. 95. §. 3. de Solut. *Abrah. Wieling. lection. jur.* lib. 2. cap. 12.

maxime, (si quis per ea, quae his textibus reponit Dn. Schilter. d. l. moveatur) ob istam rationem, quia Jus civile hoc pactum nusquam prohibuit. Nec obst. (quae unica est ratio Domini Schilteri) quod Carpz. fateatur, obligationem ad carceres esse speciem oppignorationis, jam vero oppignorationem liberi hominis esse prohibitam. l. 6. C. quae res pign. oblig. poss. vel non. Resp. enim, vel textum prohibere oppignorationem liberorum hominum aliorum, non sponte consentientium, ob istam causam, quia eos non habemus in bonis, quo spectant, praeter verba initialia, et verba ultima d. l. 6. nisi in his, quae quis de bonis suis. conf. Brunnem. ibid. vel loqui de oppignoratione in specie sic dicta, quae fit cum traditione possessionis, (quo faciunt verba: pignoris titulo accepit) quae item prohibita est, quod sapiat carcerem privatum. Pactum obstagii, ex rationis identitate etiam non repugnare juri naturali. fatetur Dn. Schilter. d. addit. ad cap. 11. n. 26. Quamvis autem putet idem, illud Juri civili contrarium esse, tamen nec hoc procedit, per ea quae jam de obligatione ad carceres dicta sunt. Licitum etiam fuit olim pactum obstagii, Jure Imperii Romano Germanici, per recess. Imperii de anno 1548. tit. von wucherlichen Contracten. §. so auch eine Schuld Verschreibung. Imo et jure Saxonico per ea, quae ex Besoldo refert Bese disput. inaugur de obstagio, sub Auctore nostre Jenae 1672. habita, c. 2. §. 2. Adde Carpz. P. II. c. 22. d. 30. n. 2. 3. 4. 5. Caeterum Jure Saxon. Electorali, d. P. II. const. 12. §. Wir wollen auch das Einreiten etc. verbis: gantzlich verbothen haben. et Jure Imperii noviori, recess. Imper. de anno 1577. tit. von wucherlichen Contracten. §. wiewol auch in des H. Reichs. ob nimium eorum abusum, pacta obstagiorum in totum sunt prohibita, ut adeo non assentiri possim Carpzovio d. l. def. 31. statuenti, non obstantibus dictis prohibitionibus, Imperiali atque Electorali, valere adhuc pactum, quo debitor, si in solutione cesset, se in certo loco staturum, et antequam Creditori satisfactum sit, ab illo non recessurum promittit, cum hujusmodi pactum, vi definitionis, sit revera pactum obstagii, et vero ex verbis Imperialis et Electoralis constitutionum satis aperte constet, propter abusum, etiam usum pactorum obstagii fuisse sublatum, ut ita necesse sit, praejudicium Dnn. Scabinor. Lipsiens. a Dn. Carpz. ibi subjectum, ad consuetudinem, per quam dictae constitutioni Electorali derogatum sit, respicere: Quamvis enim Dn. Schilterus d. l. addit. ad. c. 11. n. 16. in fin. putet, opinionem Mevii et Redeckeri, statuentium, jus obstagii ab Imperii ordinibus in ipsorum provinciis, salva constitutione Imperii, denuo certis conditionibus introduci posse, cum grano salis accipiendum esse, ne fraus fiat legi Imperii, adeoque non tam de formali obstagio intelligendam, quam de obligatione ad arrestum: docet tamen Bese d. disput. c. 3. th. 3. et 4. formale obstagium hodie adhuc in Holsatia, Electoratu Brandenburgico, et Ducatu Megapolitano, item inferiori Saxonia obtinere.

In easdem rationes impingere videtur obligatio ad exilium, quae non minus ab juris civilis ratione aliena videtur, ut probat Goedd. tr. de contrah. stipul. c. 6. n. 416. etsi novissime dissentiat D. Wissenbach. ad h. th. 4.

Scholium.

Cujus opinio iterum mihi prae Auctoris placet, tum quia hic minor est obligatio, quam ad carceres, tum quod Jus civile hoc nusquam prohibuit. Alia vero est quaestio, An expediat Reipublicae ejusmodi fidejussores in exilium mittere; quam hic non definio. Conf. interim Dn. Puffend. lib. 8. c. 3. §. 2. circa fin.

Responsio.

Poenae sunt inventae ut Reipubl. satisfiat ad emendationem, ad exemplum, ad vindictam; cujusmodi nihil est in exilio, aliis quam delinquentibus irrogato. Sufficit, ejusmodi nihil in legibus, quae de solutionibus agunt pecuniariis, reperiri.

N. Addit.

Prior pars responsionis pertinet ad quaestionem, an expediat reip. tales fidejussores in exilium mittere, in qua non repugnavi sententiae Auctoris. At quaestio est, an in potestate fidejussoris sit se ad exilium obligare. Affirmo, quia nusquam legibus est prohibitum. Omne vero quod non est prohibitum. licet. Quare sua mole cadit responsio Auctoris, sufficere, quod id non sit in legibus concessum.

Obligatio ad obstagium, sive ad custodiam, ei debitum certo tempore solvatur, olim apud Germanos frequens, prohibita est Lege publica* Recess. Imper. de ann. 1577. tit. 27. Gail. 2. observat. 45.

* Et lege Saxonica Constit. 22. P. II. quam illa publica Imperii lex est insecuta. Holsati tamen hujus Juris tenacissimi sunt, ut ex constitutione Christiani IV. Daniae Regis, et Adolphi Holsatiae. Ducis 1606 et alia ejusdem Regis, et Friderici Holsatiae Ducis 1630 editis, ipsisque Imperii nostri Constitutionibus,

3. De henoficiis fidejussorum, ot quibus casibus cessent, dictnm est simpliciter *apud Inst.* ubi et de renunciatiooe, quam expressam osso oportet, specialem esse oon oportet. Expressa, inquam, oe quisquam juri aequissimo, et naturae negotii conveoientissimo, nlsi id bnne valideque constet, renunciasse videatur. Plane, si nihil aliud dixerit aut scripserit Fidejussor, quam quod in ipsa fidejussione fuit comprehensum, aotequam beoeficia fuissent introducta, qunrum primum *divisionis*, auctorem babere coostat *Hadriaunm*: nulla est causa statuendi, per ejusmodi verba renuocintum esse beoeficiis. Ergo, si fidejussor dixerit aut scripserit, se velle teneri *ut principalem*, cnm haec sit oatnra fidejussioois notissima, cui demum per beneficium Ordinis sive Escussionis in *Nov.* 4. derogatum est, non potest illa formula renuociationem hujus juris ioferre. Nam bisce demum verbis, et huic fidejussionis obligationi, beneficinm illud applicatum est a Justiniano: proinde nunc etiam o sponsoribus eodem sibi modo applicari potest. Ea de re diximus *apud Inst.*

4. Eadeoque ratio versatur in boo casu: fidejnssores obligaruot se in solidum singuli, et singnli pro omnibus. IIos amisisse beneficis Ordiois ot Divisionis, tanqoam ex jnro Civili, auctor est Grotius *Introd. lib.* 3. *t.* 3. *n.* 54. ubi *cen voor al, ofte elck sondorling*; quod Groenewegius *ibi* pluribus confirmat Edictis municipalibus. Ego tamen magis adseutior A. Matthaeo, *tract. de obligut. disp.* 31. *th.* 9. neganti, talibns dictis inosse renunciationem beoeficii divisionis. Nam de Ordinis sive Excussionis quod scribit Grotius, hoc etism illis verbis amitti, adeo non habot speciem, ut cooiso geoero styli id ei excidisse putom. Textns in diversum clari sunt io *l.* 51. *h. t. l.* 3. *C. h.* ubi; *nam licot significos, adjectum esso in obligatione, ut singuli in solidum tenorontur, tamen nihil haec res mutat conditionem juris.* Itom, inter eos fidejussores actio dividenda est, qui *solidum aut partem virilem* promiseruut, *d. l.* 51. *pr.* nbi notes oportet, verba exacto respoodeotia Grotianis, quando plures fide sua esse jusserunt, *solidum aut partes viriles; oen vor al, of elk een deel;* hoc casu ne quidom opus esse beneficio divisionis; tuoo enim ab initio oon oisi pro parto singulos obligatos, caostare scribit Papiniaous *d. pr. l.* 5.

5. Teneodnm igitur, expressa opus esse renuociatiooe boneficiorum, quibus cnm aequo gaudeant constitutores, *l. f. C. de Const. poc.* his oandem regulam esse applioandam, vult ratio juris, de qua tameo aliquando secus judicatum recordor, in hujusmodi specie; *promitto me soluturum, cum primum monitus fuero, duo millia florenorum quao Titius debot*, hac lege, ut mihi cedatur actio cootra Titinm. *anto forias Canicul.* 1681. Aderat tamen et alia ratio, quasi Coostitutor in illa specio oovationem fecisset, qua de re *ad tit. seq.*

6. Porro ioter casns quibus cessat ordiois beneficium, veteres et huoc retulore, si quis pro magno Principe, vol admodum potente, qui oon possit oogi ad solvendum, fidejusserit, ut testatur Schneidewinus ad §. *si plures.* 4. *Inst. do Fidejuss. n* 6. cujus rei haec ratio reddi potest, quod ioter partes id actum videatur, ut ne discussio oxpectetur ejus debitoris, qui disculi non possit, quam rationem secuta est Curia nostra, cnm Ordines Frisiae per suum Quaestorem pecuuias acoepissent foenebres, et Quaestor pro Ordinibus debitorem so constituisset: ei deinceps booefioinm discussionis implorauti, denegatum est, in causa *Mariao a Schwartzenburg cum sociis*, contra *Gossicium Hibdoma Frisiae Quaestorem. d.* 24. *Martii* 1640.

7. De beoeficio divisionis, ejusque renunciatione, * praeter ea quae habuimus ad *Inst. n.* 7. et modo locuti sumus, haec notabimus: utrum plures fidejussores diversis temporibus, an pariter dati sint, nihil mutat jus divisionis *l* 43. *et l.* 48. §. 1. *h. t.* Neo refert, utrum plures fidejussores pro fidejussore primo, an pro ipso reo dati sint. *l.* 27. §. 1. Sed inter fidejussorom, ejusque fidejnssorem, non fit divisio; vires enim sequootis fidejussoris primo sunt aggregandae. *d. l.* 27. §. 2.

SCHOLIUM.

Si scilicet hunc solum conveniam, vel illum solum: habobit tamen fidejussor fidejussoris oxceptionem ordinis, si prior fidejussor nondum fuerit excussus.

8. De beneficio Cessionis, nihil est quod addamus ea do re dictis ad *Inst. n.* 8. oisi quod ratio, cur Doctores aliqui velint, cessionem post solutiooem ab uno fidejussore io solidum factam

Instrumento Pacis Osnabrugens. *art. VIII.* §. *Indaganda* et *Recess. Imp. de A.* 1654. §. 130. videre est. Videsis Doctiss. Potgiesseri *Commentationem de Obstagio*, *Tractatui de indole et Natura Pignoris adjectu*, *cap. maximoe. V.*

* Hoc beneficium cessare, si fidejussores se obligaverint in solidum: *Sammt und sonders eine r fur alle, und alle fur einen.* tradunt Coler. *P.* 2. *dec.* 220. *n.* 41. Richt. *Vol.* 2. *Conf.* 2. 3 *n.* 9. *sq.* j. Schilter *ad ff. Ex*, 48 §. 30. sed in Electorali Saxonia de contrario usu, testantur Hartm. Pistor, *Obs.* 112. Carps, *P.* 2. *C. El.* 12. *def.* 9.

utiliter institui; atque adhuc sufficere ad actionem adversus confidejussorem dandam, secus ac adversus correum, paulo clarius explicanda videtur: Ajunt, quod est verum, Correos habere non nisi unicam obligationem, quae per solutionem ab uno Correum factam penitus tollitur, ideoque tum nullo modo in alium transferri potest. Sed in fidejussione sunt plures obligationes, una principalis debitoris, et fidejussorum totidem quot sunt personae. Quando jam unus fidejussorum solvit, debitor quidem ipso jure liberatur *pr. Inst. Quib. mod. toll. obl.* sed quia fidejussores propriis stipulationibus tenentur creditori et fidejussor qui solvit hoc non egit, ut solveret pro confidejussoribus, sed pro debitore principali, Confidejussores non directe, sed per consequentiam atque per exceptionem removentur, ut ipso jure adhuc vivat eorum obligatio. Haec ratio accedens ad aequitatem subveniendi fidejussoris imprudentiae, si praetextum sustinendi cessionem post solutionem factam praebere potest, ratio tamen non patitur, ut Creditorem, cui solutum est quidquid ei debetur, adhuc quod cedat habere dicamus. Sed hac quaestione plane non est opus, post ea quae diximus ad *tit. Mandati*, *n.* 9. *p.* 472.

9. Fidejussorem simpliciter datum in perpetuum obligari, diximus ad *Inst. h. t. n.* 10. sed addam facti speciem, non spernendae dubitationis. Octo Cives *Harlingani*, spoponderant pro mercatore quodam facultatibus lapso, in mille sexcentos florenos. Instrumentum quasi ad omnes populos scriptum erat. in quo declarabant, se potestatem facere *Wibio*, sic erat nomen, emendi vina pro dicta summa, quam, si ipse deficeret, se soluturos pollicebantur, singulos scilicet ducentos florenos; hoc erat adjectum, ne beneficio divisionis opus esset. Wibius a quodam Mercatore Amstelodamensi vina comparat pro florenis 1640. eique tradit instrumentum sponsionis. Solvit etiam; et rursus emit variis temporibus, pro 1300. florenis; solutiones faciebant 1900. florenos; restabant mille quadraginta, quos Creditor a Sponsoribus Harlinganis petebat. Hi respondebant; spopondimus pro mille sexcentis florenis; quos jam pridem principalis debitor collocavit eosdemque solvit, ad ita nos liberati sumus. Creditor contra; quamdiu ille vestrum habebat instrumentum, ejus facultate poterat uti, modo non obligaret vos ultra summam praescriptam, quia fidejussio simpliciter et sine limitatione temporis erat concepta; proinde si post emptionem mecum peractam, cum eodem instrumento se contulisset ad alium mercatorem, huic vos aeque fuissetis obligati. Si non nisi de primis *mille sexcentis* consilium vobis fuisset obligari, ut illis consumptis, fidejussio consumeretur, id exprimendum, aut instrumentum citius repetendum fuisset. *l.* 7. *C. Locati.* Contra Sponsores; quod ipso jure commissum et finitum erat, ad hoc exprimendum aut revocandum se non fuisse obstrictos arguebant. Et haec ratio, quanquam pro Creditore non deerant qui juris rationem militare statuebant, tum quidem in Curia nostra praevaluit, etsi fidejussores ex alia causa, de qua *ad tit. de Solution.* partem debiti solvere condemnati sint.

10. Difficultas inveniendi fidejussorem, saepe tanta est, ut ea res, cujus gratia fidejussor datur, in ipsius manibus relinquenda sit, et quia rebus alienis incumbere, eaque specioso praetextu retinere, ἐράσμιον πρᾶγμα ut ait Justinianus *Novell.* 72. *amabile negotium habetur*, quaesitum est, an alia securitate praestita, cogi possit, ut rebus cedat. Exempli gr. Qui sententia vicit, a qua Supplicatio sive Revisio petita est, non potest ad executionem procedere, nisi fidejussione pro judicato Revisionis praestita, in casum retractationis. *Nov.* 119. c. 5. Nemo fidejussor esse vult, nisi re pecuniave controversa in manibus suis collocata. Lis multos annos pendet, ut fit apud nos inprimis in casu Revisionis. Victor alio fidejussore oblato, aut pignore sufficiente pro sorte et accessoriis, cavet sponsorem indemnem fore, petitque restitutionem. Fidejussor tamen negat restitutionem, nisi a sponsionis obligatione liberetur, quod non nisi ab adversario fieri potest: Is autem ad hoc nullo modo compelli potest. Dicendum igitur, fidejussorem cogi ad restitutionem, admissa cautione pro sua indemnitate, quae sufficiat; quia certi juris est, ut qui rem alienam tenet, eam domino, si justa ex causa pro indemnitate caveatur ipsi, restituat. Potest tamen esse res dubia, ut visum in tali causa. Titia et Caja, cum duobus fratribus haeredes alicujus factae, ipsae partes suas acceperant, fratres aberant, nec, ubi et an usquam essent, constabat. Proinde partes eorum administrandae, ut juris esse, diximus *alibi*, sororibus erant permissae sub cautione. Quae cum fidejussorem invenire non possent, pecunias collocaverant apud Sempronium, hac lege, ut donec fratres abessent, aut de morte eorum constaret, is bona custodiret, usurasque solveret exiguas. Sorores ad paupertatem extremam redactae, cum jam fratres plus annis triginta abfuissent, petebant a Sempronio, ut sibi illa bona restitueret, aliumque fidejussorem satis idoneum pro indemnitate ipsius offerebant; qui, jam nulla fere spe reditus fratrum, facilius, et meliori conditione potuerat inveniri, Sempronius offerebat restitutionem, si ab sua fidejussione liberaretur. Quod non erat in potestate mulierum, quae scilicet, ut bona fratrum ipsis plane concederentur, nondum impetrare

poluerant, eo quod nihil plane de morte illorum constabat, neque tanta aetas adhuc effluxerat, quae praesumptionem de morte peremptoriam inferre poterat, qua de re locuti sumus *ad tit. de Probat. n.* 19. *pag.* 126. non erat tamen invidendum sororibus, quibus reditus concessi erant, si sortem alibi aequioribus usuris sub pari cautione collocare poterant, nec ille causam recusandi, certus indemnitatis habebat. Ideo pars dominorum sub illa conditione reum condemnabant; pars. aegre tamen, reum offerendo restitutionem, si a fidejussione liberatus esset absolvebant, et sic absolutus est *ante ferias Pasch.* 1681.

TIT. II.

DE NOVATIONIBUS ET DELEGATIONIBUS.

I. Remissio, et observationes quaedam singulares. II. Esse novationem, qua dominus fundi Colonum secundum, cui primus sublocavit, pro Colono suo recipit. III. Constituti a Novatione discrimen.

(a) Huic Rubricae satisfactum est *ad tit. Inst. Quib. mod. toll. obl. n.* 6. *et seqq. et supra tit. de Judic. n.* 24. Tu hic obiter nota, vulgo pro novatione sumi, confectionem novi instrumenti super eodem debito: quod verum non est, etsi debitum augeatur, si modo qualitas non mutetur; appellatur tamen abusive novatio in *l.* 57. *de Administr. Tut.* A Matth. *tract. de oblig. disp.* 45. *th.* 23. sicut eam haberi necesse fuerit, si de priori, et quod eadem ait, non liquido constiterit; prudentiaque opus est in hujusmodi novationibus instrumentorum, ut parata sit fides obligationis pristinae, contra eos quorum interesset, hanc quoque esse novam. Nota II. delegatio tollit exceptionem doli, qua debitor contra delegantem se uti posse sciebat, *l.* 12. *h.* nec, etiamsi ignoraverit, contra novum creditorem habet hanc exceptionem, verum tunc delegantem convenire debet, *d. l.* 12. quod in fidejussore secus est. *l.* 32. *de fidej. l.* 7. §. 1. *de excep.* vid. *supr. tit. Mand. n.* 11. III. Si creditor, facta delegatione, novum debitorem non solvendo reperiat, regressus ad priorem debitorem minime datur, nisi is dolo malo adfirmaverit eum esse idoneum satis. *l.* 7. §. *ult. et l. sequ. l.* 25. *et l.* 38. *de dol. mal.* A Matth. *d. disp.* 41. *th. ult.*

2. Quando accidit, (saepe usu venit) ut dominus fundi novum Conductorem, cui Colonus fundum sublocavit, acceptet pro suo Colono, iisdem licet omnino conditionibus, quas primus habuerat, haec est Novatio, per quam primus Colonus liberatur, est enim adsumptio novi debitoris in locum prioris. Ac ideo si contingat, secundum esse reliquatorem mercedum, primus pro illis non tenetur, qui teneretur, si novatio facta non esset. Usu venit, ut tali casu dominus executionem dirigeret in domum secundi conductoris sibi pignoratam, in quam Sublocator habebat hypothecam priorem: At dominus pati debuit, ut primus Conductor idemque sublocator, eum ab hac domo omnique adversus petitione submoveret. *Ate Jacobs* Curator liberorum *van Tjepke Tjepkes*, contra *P. W. Procuratorem Dominae ab Ursule etc. ante ferias Quadrages.* 1680. Quae res commonefactos habere debet homines, ut in ejusmodi occasionibus novationem excipiant, quae alioquin ex mutatione personarum, ubi nulla fidejussionis species, necessario praesumitur.

3. Constitutum non esse Novationem, diximus *ad tit. de Constit. pecun.* nec ideo, quod quis sine fidejussione se debitorem pro alio constituit, novationem committi, satis ibi demonstratum est. Non erat igitur novatio in illa specie, quam *tit. praeced. n.* 5. proposuimus, pro qua tamen habitam fuisse recordor, sed erat constitutum solvendi quod alius debebat; quod etsi minus evidenter hodie a novatione distingui potest, sublata stipulationum a partie distinctarum usu, manet tamen haec differentia, quod novatio non praesumitur ubi non exprimitur, et ubi potest esse sponsio vel participatio alieni debiti. *l. ult. C. de Novat.* Accedebat in proposito exemplo pactum, ut cessio fieret constituenti in principalem debitorem, manifesto argumento, non esse delegationem, primique debitoris liberationem. Confer. *d. n.* 5.

(a) *Pos.* 1. 2. 3. *et* 4.

TIT. III.

DE SOLUTIONIBUS ET LIBERATIONIBUS.

I. Quis, cui solvi possit. II. Quaestio illuc pertinens. III. Quid solvendum; una solutione tolli debitum plurium causarum. IV. Cui ex pluribus debito, imputetur facta solutio. V. Do solutione debiti sub usuris et sub poena. VI. Item annui Debiti. VII. Ubi et quando facienda solutio. VIII. do Oblationo remissive. *IX. De Confusione.*

(a) Etiam de solutione diximus *ad tit. I. Quib. mod. toll. obl.* Neque dicta repetemus, sed non erit otiosum, frequentes articulos recensere. Quis, cui, quid, ubi, quando fieri possit solutio. I. Quis? Non modo debitor ipse, qui alienandae rei suae potestatem habet, *l.* 14. §: *ult. h. t. l.* 10. *C. eod.* sed et Procurator et negotiorum gestor, *l.* 18. *C. h. t. l.* 45. §. *ult. de negot. gest.* et quivis alius, ut dix. *ad tit. I. Quib. mod. toll. obl. n.* 4. De his, qui sub Cura sunt, diximus ad §. *ult. Inst. per quas person. cuique adquir.* II. Cui? Solvitur non modo ipsi creditori, sed et procuratori curatorive ejus, *l.* 12. *et l.* 14. *h. l.* 24. *do Neg. gest.* vel cuicunque alii, jubente et adsignante creditore *l.* 49. *D. h. t.* specialiter scilicet: Nam Procuratori ad litem non potest solvi, *l.* 86. *h.* neo praeposito ad locandum merces, solvi potest, *l.* 1. §. 12. *de exercit. act.* nec ideo mandatarius ad vendendum recte solutionem accipit; sed opus est speciali mandato, vel generali ad omnia bona, *l.* 12. *in pr. h. t.* quo respectu Tutoribus etiam recte fit solutio. *l.* 14. §. 1. *h.* Quod si dominus solutionem aliis factam non habeat ratam, datur ei condictio, vel vetus actio. *l.* 14. *in pr. h. t.* Nisi ex circumstantiis liquaat, ut saepe usu venit, hoc actum esse, ut per consequentiam Procurator ad actum aliquem, solutionem ejusdem causae faciat vel accipiat, ut in l. 35. *h. t.* Sand. 3. 16. 2. Si quis obligationem cesserit alii, nunquid debitor adhuc solvere potest cedenti, ut cessionario non teneatur? Potest tuto, nisi denunciatum ei sit ne solveret cedenti, vel certior de cessione factus fuerit, *l.* 3. *C. de Novat. l.* 6. *C. de haered. vel act. vend.* quod confer et refer ad ea quae dicta sunt ad *tit. Mand. p.* 2. *num.* 10.

2. (b) Quaeritur, si capta civitate, debitor hosti solvere coactus sit, an hoste pulso, vetus creditor adhuc agere queat: Negatur, nisi debitor ante hostis adventum in mora fuerit. *arg. l.* 13. *de Negot. gost. l.* 81. §. 1. *de V. O. l.* 27. §. *ult. do Leg.* 3. Muroac. *ad d. l.* 13.

SCHOLIUM.

Haec quaestio quamvis recte definita, tamen quia ad Jus naturale spectat, ex aliis principiis decidenda est, quam ex legibus civilibus.

RESPONSIO.

Si nullus est melior Juris naturalis interpres, quam Legislator Romanus, ut vel ejus inimici fatentur, non possunt argumenta ejus juris ab ejusmodi Quaestionibus esse aliena. Sed est quaestio ex ratione Juris Gentium publici et civilis privati mixta: ejusmodi materias ad illud Jus Gentium pertinentes, ex Jure Civili plurimum illustrari, docet Grotius per totum Jus B. et P.

N. ADDIT.

I. Nescio quos hic intelligat Justiniani inimicos Auctor. Ego ex JCtis neminem novi. Neque enim tales sunt, qui naevos Jurisprudentiae Justinianeae coecis palpandos ostendunt. Ili vero nescio ubi fateantur, nullum esse meliorem Juris naturalis interpretem, quam Justinianum vel Tribonianum, cum omnes leges, quarum Tribonianus auctor est, ejus ignorantiam bonarum artium ubique demonstrent. II. Dum vero Grotius materias ad Jus Gentium pertinentes ex jure civili plurimum illustrari per totum opus docet, per Jus civile non intelligit constitutiones Justiniani, sed potissimum Pandectas seu rudera ex Scriptis eruditorum ac prudentum JCtorum hac diligentia Triboniani ad interitum redactis. III. Aliud est definire controversiam, seu adhibere argumenta probantia, de quo locutus sum in scholio, aliud adhibere argumenta illustrantia, de quibus loquitur Grotius. Illustratio enim potest esse sine probatione, secundum vulgatum: Exempla non probant, sed illustrant.

3. (c) Solvendum porro quod debetur, ut dictum ad *Inst. h. t.* sed quaeritur, si res alia volenti in solutum data sit, eaque evicta fuerit, utrum prior obligatio duret; quod videtur, quasi ex praevio tacito consensu. *l.* 46. *h. l.* 8. *C. de Sent. et interlocut.* Solutionem quoque per partes invito obtrudi non posse, dictum est ad *Inst.* quod si volenti partem debitor solverit, etiam reliquum agnovisse videtur. *l.* 2. *C ad SC. Macedon. l.* 7. §. *pon. D. eod.*

(a) *Pos.* 1. 2. 3. *et* 4. (b) *Pos.* 5. (c) *Pos.* 6. 8. 9. *et* 17.

Si unicum sit debitum, et plures debendi causae, noo est dubium, quio unica numeratione omnes liberentur, *l.* 3. 8. §. 2. *h. l.* 44. *h. t.* non obstaote, *l.* 84. *eod.* ubi domious noo dicitur solvisse totum, ne solvisse quidem omnino dicitur.

SCHOLIUM.

Stringit tacite Wissenbachium, qui ad h. t. tit. 16. *dicit, in* d. l. 84. *supponendum esse, quod Dominus de peculio servi conventus, non solidum, sed partem debiti solverit. Verius enim est, dominum ibi nihil solvisse, ut Auctor hic.*

4. (d) Porro qoi ex diversis causis debeos, partem solvit, imputare potest quod numerat, ei causae, cui voluerit, *l.* 1. *de Sol.* si non dixerit, creditor id facere potest, modo sine captione et in continenti. *d. l.* 1. *de Solut.* Neutro apud solutionem id exprimente, imputatur ei debito quod maxime debitorem silevat, *d. l.* 1. *et seqq.* potius quod satisdato, quam quod sine satisdatione debetur, *l.* 4. *h.* si nullum praegravet, aotiquiori, *l.* 5. *in pr.* cunctis paribus, imputatur universis. *l.* 8. *eod. tit.* adde *l.* 97. *h. t.* Quem usum haec habeant, exemplo declaretur. Sector publicus petebat rem in auctione a Primo emptam, in quam ipse habebat hypothecam, et jus retentionis ex pacto, quamdiu pretium non erat solutum, emptor eam rem vendiderat Secundo, qui per hypothecariam conveniebatur. Hic re explorata, opponebat, venditorem suum Primum solvisse plus quam pro re illa debuisset. Sector replicando hoc collocabat, summas e Primo pro variis mercibus debitas; inde solutiones variis temporibus factas; quibus collatis restabat ei summa notabilis, pro qua jus hypothecae implorabat. Si non fuisset additum, in quam debiti causam facta fuisset quaeque solutio, recte potuisset ipso solutionem factam, cui debito vellet, imputare; sed a debitore dictum, idque rationibus adjectum erat, solutionem pro mercibus Junio mense comparatis esse factam: Atqui patebat rem controversam mense Junio fuisse emptam, et sic hypothecam per solutionem ipso jure esse liberatam, in causa *Wilhelmi Hilarii Quaestoris auctionum Leovardiensis* contra *A. B. d.* 18. *Jun.* 1681.

Addamus aliud exemplum, quod *ad tit. de Fidejussor n.* 9. in alium finem retulimus. Mercator lapsus bonis, sponsione nova pro certa summa fretus, emerat denuo a veteri creditore, eique diversas pecuniarum summas solverat. Hic solutiones successive posuerat e regione debiti tam veteris quam novi, et postremo, collatis omnibus, *reliquum* praedicto loco expressum, quod a Sponsoribus petebat. Hi praeter rationem *supra* adductam, movebant, Creditorem noo debere solutiones post suam sponsionem factas imputare veteri credito; quippe eo subducto, debitorem, pro quo illi spoponderant, plus solvisse quam post tempus suae sponsionis emisset. Creditor contra; Cum debitor simpliciter solvisset, in sua id esse potestate cui debito solutiones imputare vellet. Aut in dubio, vetustiori debito imputationem esse faciendam, quod pro sua intentione foret. Atque ea sententia vicit: Etsi in contrarium dici poterat, solutionem simpliciter dictam imputari debere debito, quod fidejussores habebat, *d l.* 4. *h. t.* secundum quam rationem fidejussores *Harlingani* fuissent absoluti. Nam in proposita facti specie neuter dixerat, in quod debitum solveretur, *utriusque demonstratio* cessabat, ut ait *d. l.* 97. Tum vero ita juris est, quemadmodum audivimus ex *l.* 4. Tu dices, cessante demonstratione, praesumendum est creditorem fecisse imputationem in vetus debitum, pro quo non habebat sponsorem; de novo debito securus erat. Responderi potest, debitoris esse priores partes imputandi; at is praesumendus est, maluisse duplici, quam una principali obligatione se liberare, quae est fidejussoria cum principali, et ideo hanc praesumptionem vincere oportere; sed magis est, ut praesumptio hac parte non admittatur, quia debitoris imputatio a creditore potest recusari. *l.* 2. *h.* Denique lex vult, in dubio magis id solutum videri pro quo satisdatum est, quam antiquius. *d. l.* 4. *et l.* 15. *in pr.* (1)

5. (e) Quod si vero debitum sit usurarium, solutio omnium primo usuris, postea sorti imputatur, nec id debitor mutare potest, *l.* 5. §. *pen. et ult. d. tit.* idque ideo, ne usurae pereant: quia sorte soluta, usurae, quae ex judicis officio debentur, peti non possunt, ut *alias* dictum, cui accedit; quod inter partes id actum sit, ut usurae manente sorte solverentur, ideoque juxta illum ordinem solutio facta praesumitur; nisi quando usurae non sunt liquidae, sed controversae, qua de re Sand. 3. 16. 3. Scilicet, non modo principalem, sed et accessorias obligationes perimit solutio, qualis est pignorum, fidejussorum, omnesque cautiones. *l.* 33. §. 2. *et l.* 44. *eod.* Quando sub poena aliquid debetur, sorte (e) soluta, poena exigi nequit, *l.* 10. §. 1. *de Pact. l. ult. Quod cert. loc. et l.* 28. *de action. emp.* poena soluta in sortem imputatur, (d. *l.* 42. *Pro soc. l.* 28. *do Action. Emp. et l.* 44. §. *pen. de O. et A.* nempe, si quis rem aut poenam sit stipulatus; Nam quod in poenam tardae solutionis aut delicti exactum est, lucro cedit (e) creditoris, *l.* 79. *de furt. l.* 6. *Locat.* excepta specie *l.* 22. *de pignor. act.*

(d) *Pos.* 12. *et* 13. (e) *Pos.* 14. 15. *et* 16.

(1) *Utiliter legi possunt quae hac de re disputat Josephus Averanius* interpret. jur. lib. 5. cap. 32.

Scoolium.

(c) *Id est, dobito principali.*

(d) *Hoc est, si poenam solverit, debitum principale peti nequit, nisi in quantum plus in eo est.*

(e) *Id est: poterit tunc etium debitum principale post jam acceptam poenam exigi.*

6. (f) Nota deoique, eum, qui debet aonuam quantitatem, reditusve aonuos, neo omnium solutionem probaro potest, sufficere, si probot triennii proximi solutionem, per *l.* 3. *C. de apoch. publ. lib.* 10. juoct. *l.* 1. *C. do fidei-comm.* Maschard. *de probat. conclus.* 1327. Wisseob. *ad h. t. th.* 16. Hino quaesitum fuit, quid juris io tali specie. Venditum erat praedium duobus aureorum millibus, certis peosionibus solvondum. Kaleodis Majis quiogeoti, sequentium anoorum Kalendis Majis eeoteni, usque ad universam solutionem eraot solveodi. Instrumeoto venditionis erat inseriptum, omnes pensiones a secunda ad ultimam esse solutas, de prima oihil constabat, et res inter Creditores agebatur. Venditor primam pensionem jure praerogativae adhuo petebat; sequens Creditor solutionem praesumptam ex quindeeim terminis posterioribus arguebat. Sed venditoris inteotio praevaluit, eo quod memorata praesumptio loeum habeat in annuis reditibus sequalibusque pensionibus, oon io soluiooe sortis per vices pensionum faeienda, et quidem ubi tanta erat inaequalitas inter primam et reliquas pensiones. *In causa Francisci Scheltema, contra Aukjen Feickes, Creditricem Rei. neri Nardi d.* 27. *Octobr.* 1640. Addo Anton. Mereod. 6. *Controv. c.* 22. Haec omnis pertinent ad articulum, quid solvatur.

7. (g) V. Locus solutionis, ubi nihil est dictum, iotelligitur domus ereditoris, si modo uterque ejusdem fori sit, per *l.* 21. *de oper. libert.* Sichard. ad *l.* 19. *C. de usur. n.* 17. de conventione certi loci, diximus *ad tit. de eo quod cert. loc.* VI. Tempus, quo solvatur, opportunum sit oportet, et quidem, si pura obligatio, statim peti potest, §. 2. *Inst. de V. O l.* 105. *h. t. et l.* 21. §. *ult. do Recept.* at oum tempersmeoto §. *ult. de Inutil. stipul. d. l.* 21. §. *ult. et d. l.* 105. De solutione ejus quod io diem debetur, egimus ad *d.* §. 2. *Inst. de V. O.*

8. (h) Ad huno titulum posset etism agi de oblatione et obsigoatione pecuniae, quae, vim solutionis babet, sed oeoupatus ost hio artioulus ad *tit. Inst. Quib. mod. toll. obl. n. ult.* item *ad tit. ff. Depositi n.* 10. et ad *Tit. de Usuris n.* 26. *pag.* 110.

9. (l) Agitur etism de confusione in *l.* 75. *h. t.* de qua similiter actum in saepe dicto *tit. Inst. Quid mod. toll. obl. n.* 13. Per eam pignora quoque et fidejussores liberari, doeet ratio et textus io *l.* 38. *in fin. de Fidejuss.* si oempe creditor haeres sit debitoris qui dedit fidejussorem, ut *illic*, quia tuno etiam principalis obligatio tollitur. *d. l.* 38. Quod si fidejussor haeres debitoris fiat, aut debitor haeres fidejussoris, tollitur obligatio fidejussoria, et manot sola principalis. *l.* 5. *de fidejuss. et l.* 93. §. 2. *h.* Verum si correus eorreo fiat haeres, utraque obligatio maoet, etsi una solutione perimatur, *d. l.* 5. ac ita in eventu fit confusio, *l.* 93. §. 1. *h. t.* quos textus ita sis, concilis Denique, si Fidejussor Creditori haeres sit factus, aeque fidejussoria extinguitur, et maoet principalis. *l.* 21. §. 3. *de fidejuss.* Postremo si Creditor uoi ex correis haeres sit factus, adversus alterum correum, et hujus vel utriusquo sponsorem, manet obligatio. *l.* 71. *in pr. do Fidejuss.* (1)

Haeres fiduciarius idemque Creditor, aditurus baereditatem ut eandem restituat, prudenter et reete petit, ut sibi de suo credito caveatur. *l.* 59. *in pr. ad Sc. Trebell.* Si tamen coaetus adierit, jus suum non amittit, *l.* 4. *eod.* Imo neo si volens adierit; etsi enim ex ratiooe juris eoofusio debiti causam abolitura sit, aequitas tamen vult, ut ex fideicommisso detur repetitio, *l.* 80. *in fin. eod.* quod Scaevola ibi eonoisa indicat bis verbis; *sed fideicommissi repetitio erat.* Addo Wisseob. *ad h. t. th.* 17.

TIT. IV.

DE ACCEPTILATIONE

I. Remissio, et Acceptilationem non recipere diem vel conditionem. II. Observatio illuc pertinens ad Acceptilationem alternativam. III. Convenientia et discrepantia Solutionis et Acceptilationis. IV. Pactum de non petendo, ab Acceptilatione hodieque differre. V. De Apochis. et usu illarum.

(a) De Acceptilatione transegimus ad *tit. Inst. Quib. mod. toll. obl. n.* 5. *pag.* 367. Quibus adde sis, quod io diem vel sub eonditione facta, nullius momenti est, *l.* 4. *et* 5. *h. t.* ubi et

(f) *Pos.* 18. (g) *Pos.* 11. *et* 10. (h) *Pos.* 19. 20. *et.* 21 (i) *Pos.* 22. 23. *et* 24.

(a) *Pos.* 1. *et* 2.

(1) *Eleganter admodum de Confusione scripsit Josephus Averanius* interpret. jur. lib. 2. cap. 11.

ratio, quia perimit obligationem ut solutio, cujus non nisi praesens effectus est; accedente hac ratione, quod sit actus legitimus, quales non recipiunt diem vel conditionem. *l. 77. de R. J.*

Et tamen non refert, utrum pura sit obligatio, an in diem vel sub conditione contracta: omnes acceptilatione tolli possunt, licet effectus acceptilationis appareat demum existente die vel conditione. *l.* 16. *de Sol l.* 12. *et l.* 21. *D. h. t.*

2. Huc etiam illud pertinet, quod, cum alternativa obligatio unius speciei solutione tollatur idem alterius speciei acceptilatione contingat, ut nec altera species peti possit. *l.* 27. §. 6. *de Pactis.* Et tamen alternativa obligatio conditionalis, per acceptilationem ejusdem alternativae non extinguitur, sed altera species, altera pereunte, adhuc peti potest. *l.* 13. §. 6. *h. t.* Quin et si primo absonum videatur, Acceptilationem unius e duabus rebus obligationem extinguere totam, et totius alternativae acceptilationem id non efficere, desinet tamen ita videri, si exemplum inducas. *Erotem aut Stichum dare, si navis ex Asia venerit Spondes? Spondeo.* Est alternativa conditionalis obligatio. *Erotem aut Stichum, si navis ex Asia venerit acceptum fers? Acceptum fero.* Est alternativa acceptilatio, quae nondum habet effectum in alterutra specie. Quando igitur Eros perit ante conditionem existentem, Acceptilatio alternativa non est amplius talis, ac ita evanescit. Caeterum, in pura stipulatione et acceptilatione alternativa, cum haec statim effectum habeat, dicendum, alternativam obligationem per acceptilationem ejusdem generis tolli; Etsi enim talis acceptilatio a solutione differat, quod solutio nunquam alternative fieri possit, tamen Acceptilatio per se alioqui tollit verborum obligationem ejusdem formae et conceptionis.

3. Usque adeo cum Solutione convenit Acceptilatio, ut si fidejussori acceptum sit latum, debitor etiam liberetur. *l.* 13. §. 7. *h. t.* In aliis tamen discrepant. (b) Quippe non cuicumque solvi, is etiam acceptum ferre potest; adjecto solvi potest, etiam invito stipulatore, §. 4. *inst. de inutil. stipul. l.* 12. §. *pen. D. de solut.* nec tamen is accepto ferre potest. *l.* 10, *de solut.* Tutoribus et curatoribus solvi potest, nec tamen accepto ferri directe. *l* 13. § 10. *h. t.* Item, sicut uno solvente correo alter liberatur, ita si ex pluribus debendi reis uni accepto feratur, vel unus stipulandi reus acceptum ferat, reliqui liberantur. *l.* 16. *D h. tit. et l.* 2. *de duob. reis.* Nec adversatur *l.* 2. §. 3. *de V. O. l.* 1. *C. de Transact.* nec enim de correis loquuntur. Plura Thomasius *hic.*

(b) *Pos.* 3. *et* 4.

N. ADDIT.

Nescio vero, cur illa plura non addiderit, praeprimis cum non consentiant cum iis quae ibi posuit Auctor. Nam loco verborum, quae hic habet. Nec enim de correis loquuntur, *ibi dixerat;* Nec enim secus est, quam si Creditor actiones suas adversus correos cedat. *Ad quae adjeceram: hoc videtur Auctor innuere: unum correum debendi liberari per acceptilationem alteri factam, a creditore, non vero a correo, si creditor ipsi jus suum ante acceptilationem cesserit. Sed haec responsio non quadrat* ad l. 1. C. de transact. *quae aperte creditori post acceptilationem aut transactionem jam factam, adhuc actionem dat. Ergo potius dicendum, ibi sermonem non esse de duobus correis, sed de duobus tutoribus, qui etiam de jure ff. habent beneficium divisionis. Vid. supra* de administr. et per. tut. n. 10. *Quod vero attinet* d. l. 2. §. 3. de V. O. *sunt equidem Pauli verba*, pars caeterorum obligationi supererit, *talia, ut tam de obligatione respectu creditoris, quam de ea quae est respectu correorum post cessionem factam possint intelligi. Sed vereor tamen, ne priorem in mente habuerit, tum propter vocem*, Supererit; *tum quod Paulus in quaestione plane simili a reliquis JCtis dissentiat; de qua supra ad* Instit. de duobus reis n. 2. *Hactenus scholium meum, ex cujus prima parte, ut apparet, Auctor jam suam responsionem correxit.*

4. Moribus hodiernis, quod Pactum de non petendo et Acceptilationem nihil differre scripsimus, ad *Inst. tit. Quib. mod. toll. obl. n.* 5. *in fin.* caute accipiendum, de modo exprimendi pacta non petendi et acceptilationes, eo quod utrobique vulgaria, non concepta verba adhibeantur. Sed usus et effectus et expressio differunt; aliis enim verbis concipimus id quod appellatur *kwytscheldinge*, quae est *Acceptilatio*, et aliis *Beloste van niet te manen*, id est pactum de non petendo. Priore modo debitum funditus tollitur, Posteriore manet obligatio, manet semper debitum et debitor; etiam potest ad tempus esse, proque certa persona, ut haeredes iterum convenire liceat, quae de Acceptilatione praedicari nequeunt. Et quidem pacta de non petendo ad tempus, aut a certa persona, longe usitatiora sunt quam simplicia. Qui enim plane volt renunciare credito suo, fere in hoc est, ut acceptilatione utatur, nec forte an adeo, quod ad effectum attinet, inter Acceptilationem et pactum de non petendo simplex et reale, multum interesse dixeris. Instituitur autem Acceptilatio non tantum donandi

animo, sed etiam transactionibus hodieque subjungitur, ut diximus *ad tit. de Transact. n.* 2. *in fin.* atque in novationibus adhiberi solet, ubi pacta non petendi nec bodie usu venire possunt. *l.* 4. *de Condict. c. d.*

5. Quomodo Apocha ab Acceptilatione distinguatur, habuimus ad *Inst. tit. praed. n.* 5. idque *non minus* hodieque servatur. Quemadmodum Solutio et Acceptilatio in effectis conveniunt, idem de Apocha, quae est solutae pecuniae confessio, intelligendum. Proinde sicut Acceptilatio simpliciter facta perimit omne debitum cui subjicitur, *l.* 6. *h. t.* sic etiam de Apocha existimandum, quando simpliciter, inquam, est concepta. Quin etiam, ubi debitum est incertae quantitatis, apocha vero ad illam spectans certam habet quantitatem, in dubio totum videbitur esse peremptum, *arg. d. l.* 6. nisi aliud ex circumstantiis colligendum ut si causa debiti sit ejusmodi, quae tractum temporis habet: qualis in hoc exemplo: Advocatus clienti suo dederat apocham septendecim ducatorum, pro salario in tali causa. Ucio longe majorem summam petebat, in diminutionem quod acceperat imputans. Cliens apocham simpliciter conceptam, ut universi debiti peremptoriam demonstrabat; sed aliter judicatum est, quia pendente lite scire non poterat, quantum salarium esset futurum; nec quidem in praeteritum vi peremptoria valuit, eo quod Advocati, pendente lite, non habent expeditum, quid expenderint. In causa *A. C.* contra *Nicolaum vander Laen, d.* 7. *Mart.* 1680. In dubio tamen, natura negotii non refragante, recedendum non est ab eo, quod diximus, Apocham simpliciter conceptam perimere totum debitum, qua de re judicati exemplum habuimus ad *Tit. de Pactis pag.* 141. etsi prudentius, utrum in totum, an pro parte valeat, exprimatur. Certe nunquam, etsi generalis, ultra debitum cui subjicitur vis ejus extendi potest, nisi generalibus concepta verbis ad quaelibet debita, non ad unum specialiter se referret; qualis omne quidem debitum prius tempore perimit, ut tamen qui talem habet, restitutionem rei alterius propriae nullo modo negare possit. *arg. l.* 28. §. 4. *de Liberat. Leg.* A. Fab. 4. *C.* 4. *def.* 32. Postremo tenendum, etsi pro exhibitione instrumenti plerumque sit praesumptio Solutionis, multa tamen evenire posse, quominus id ita praesumatur, ut demonstratum est ad *tit. de Pactis.* Ideoque recte sibi consulere debitores, quando solvunt, si non contenti recipere chirographum, apocham subjici curent, qua de re, aliisque eodem spectantibus, actum *in Jurisp. Hod. part.* 1. *Lib.* 3. *c.* 39. *n.* 9. *et sequ.*

TIT. V.

DE STIPULATIONIBUS PRAETORIIS.

I. Parum utilem esse hanc Rubricam. II. Differentiae inter conventionales et praetorias Stipulationes.

(a) Stipulationes Praetoriae sunt in *h. t.* non quae a mero Praetoris officio proficiscuntur, ut *tit. I. de Div. Stip.* sed quae ex edicto Praetoris injunguntur. Hae sunt vel judiciales, quae propter judicium interponuntur, ut est cautio de rato, et judicatum solvi, vel cautionales, quae ut nova sit actio, intercedunt, ut legatorum, de tutela, de rato, et damni infecti; vel communes, quae fiunt judicio sistendi causa, *l.* 1. *pr. et. §. sequ. h.* vel conventionales. Sed haec quadruplex divisio parum liquido usu constat, ut recte Bachov. *not. parat. h. t* Contentis esse licet nobis ea partitione, quam habuimus in *tit. Inst. de divis. stipul.* quo remittimus Lectorem.

2. (b) Differentiae inter praetorias et conventionales stipulationes praecipuae sunt hae; Praetoriae per fidejussores firmandae sunt, *l.* 7. non Conventionales. II. Ex praetoriis actio per Procuratorem adquiritur, *l.* 3. *et* 5. *h. t.* non e conventionali. *l.* 73. §. *ult. de R. J.* III. Praetoriae pro parte committuntur, ita ut si a pluribus sint praestitae, ac unus non impleat, reliqui non teneantur, si pro suis partibus satisfecerint. *l.* 9. §. 1. *Si quis caut.* Ex conventionalibus si unus non impleat cautionem, nihilominus reliqui tenentur ad id in quo unus ille defecit. *l.* 5. §. *ult. de V. O.* IV. Praetoriae, si fidejussores desierint esse solvendo, rursus praestandae sunt, *l.* 4. *de Praet. stip. l.* 8. §. 3. *et l.* 10. *in f. Qui satisd. cog.* de conventionalibus id nusquam traditur. In praetoriis Magistratus explicat ambigua, *l.* 9. *d. t. de praetor. stipul.* in conventionalibus contra stipulantem fit explicatio. *l.* 26. *d. reb. dub.* Agitur ex his stipulationibus, si id quod convenit factum non est, adversus debitorem et ejus fidejussorem, *l.* 4. §. 2. *Rem pup.*

(a) *Pos.* 1. *et* 2. (b) *Pos.* 3. 4. 5. 6. 7. 8. *et* 9.

vel. adol. salv for. scilicet in id quanti ea res erit, hoc est, quanti interest factum non esse, aut ad poenam, si qua sit verbis comprehensa. *l.* 6. *in fin. hic.* Solet enim omnibus praetoriis stipulationibus facti, poena adjici, *l.* 6. *et l. fin. hic.* ad evitandas probationum super eo quod interest difficultates. *d. l. fin. in fin.* Incertum enim continent. *l.* 2. *hic.* §. *ult. I. de V. O.*

TIT. VI.

REM PUPILLI VEL ADOLESCENTIS SALVAM FORE.

(a) Hanc satisdationem Tutor praestat, de qua dictum in *Instit. lib.* 1. *tit.* 24. Eam stipulatur pupillus, vel alius qui in curatione est, ipse, si praesens sit et fari possit, licet ejus sit aetatis ut non intelligat quid agat. Si absit, aut fari non possit, servus ejus. Si servum non habeat, emi debet; si non sit unde ematur, servus publicus apud Praetorem stipulabitur, aut Praetor aliquem dabit qui stipuletur, isque pupillo actionem adquiret utilem. *l.* 2. 3. *et* 4. *in pr. et l.* 6. Ee stipulatione oritur actio, quae contra tutores et eorum fidejussores datur finita tutela, *l.* 1. *hic* contra protutorem vel curatorem, et fidejussores ab eis datos, statim ac quaeque res salva esse desiit. *d. l.* 1. *et l.* 4. §. 7. Hac autem actione id consequitur pupillus, quod in tutelae judicium venit. *l.* 4. §. 6. *et l.* 9. *hic.* Moribus hodiernis, sicut *apud Inst.* dictum, rarius in usu est satisdatio. Verum stipulationes semper a Magistratibus exiguntur, easque Tutores jurejurando confirmant.

TIT. VII.

JUDICATUM SOLVI.

I. Remissio, cum quibusdam singularibus. II. De uno judicio stipulatio facta num valeat in alio. III. Usus ejus.

(a) De hac cautione diximus *ad tit. Inst. de Satisdat. in pr. n.* 4. *et seq.* quorum summa haec est. Jure Veteri reus actione im rem conventus, satisdabat judicatum solvi, secus in actione personali. *pr. I. de Satisd.* Ratio, quia judiciis realibus agitur de corporibus, quae perire vel deteriora fieri possunt, in personalibus vertuntur quantitates, quae nec perire nec deteriores fieri possunt. *arg. l.* 11. *C. Si cert. pet.* Habet tres clausulas haec cautio, rem defensum iri, dolum malum abesse, abfuturum esse, judicatum solutum iri. *l.* 6. *h. t.* Ex una causa sive clausula haec stipulatio commissa, ex aliis amplius committi nequit, *l.* 5. §. 2. *eod.* si videlicet idem, et ex eadem causa, ab eodem petatur: alias secus est. *l. fin. eod.* Ea res latius exponitur in *l.* 13. *pr. h. t.* ubi et hoc discimus, ob rem non defensam, non committi stipulationem, si res ad litis contestationem non pervenerit; sed tantum, si post litis contestationem eremodicium fuerit contractum.

2. (b) Porro, cum et haec stipulatio ex conventione partium pendeat, *consentaneum est, si quis apud aliquem judicem iturus, judicatum solvi stipulatus sit, apud alienum vero agat*, stipulationem non committi, et fidejussorem non teneri, *l.* 3. *in pr.* nempe, si nomen judicis in stipulatione fuerit expressum, cautumque sit, *ut quod Sempronius judex judicasset, id praestaretur*, *l.* 20. *h.* quo casu ne quidem apud judicem appellationis tenet haec cautio judicatum solvi: *nempe si reus in priori instantia fuerit absolutus* et in appellatione condemnatus, ut est in specie *d. l.* 20. Quod si Reus, qui cavit judicatum solvi, priore instantia condemnatus sit, quia tum fidejussor tenetur, appellatione interposita non potest desinere teneri, quoniam nihil ea pendente novandum est. *Tit. D. Pend. appell. nih. innov.* Ideoque et fidejussoris obligatio suspenditur, donec reus a superiori judice sit absolutus; si vero condemnetur, fidejussorem omnino teneri necessum est: quod multo magis dicendum, si cautio in rem facta sit, nulla certi judicis mentione facta; tametsi Bartolus in *d. l.* 20. contra senserit. Verum id quod dicimus Curia nostra secuta est in hujusmodi casu; Titius pro Cajo judicatum solvi fidejusserat, in causa *sub judice Leovardiensi* pendente; Cum autem Cajus condemnatus appellasset, fidejussor credens se

(a) *Pos.* 1. 2. *et* 3. (a) *Pos.* 1. 2. 4. 7. *et* 9. (b) *Pos.* 6.

facilius contra mandatorem suum, quam adversus eum cui ex fidejussione obligatus erat, auditum iri, petebat se per Cajum ooare fidejussionis liberari, idque duplici ratione: prima quod cum mentione judicis Leovardiensis fidejussisset, ideoque apod supremam Curiam non teneretur; altera, quod fidejussor post condemnationem adversus debitorem agere possit ut liberetur. *l.* 38. §. 1. *Mandati.* Ad priorem rationem modo responsum est, eaque ad posteriorem perinde sufficit. Nondum enim est in statu condemnationis, qui appellavit, cum sententia per appellationem suspendatur, imo extingui dicitur in *l.* 1. §. *ult. ad Se. Turpil.* Bartolus in contrarium motus est, maxime verbis §. *si vero aliquis.* 4. *in fin. I. Satisdat.* ubi fidejussor judicatum solvi, teneri dicitur ad praestandum *omnia quae in condemnatione continentur*, NISI PROVOCATUM FUERIT Ex quibus verbis, Bartoli sententiam claro et evidenti testimonio confirmari scribit Fachinaeus in *lib.* 8. *Controv. cap.* 57. qui proinde suae approbationis calculum adjicit, quod nobis non videtur. Nec enim Justinianus in *d.* §. *si vero.* docet, fidejussorem non teneri amplius appellatione interposita, sed non cogi praestare quod in condemnatione continetur, cum ejus vis provocatione suspendatur; Ideoque secundae instantiae eventus expectandus est. Atque ita Curiae nostrae visum, Fidejussorem, qui judicatum solvi caverat apud Judices Leovardienses, Reo ibi condemnato, per appellationem interpositam non liberari. *In causa N. vander Leely, contra Gabrielem Roqueval, ante ferias Pentecost.* 1680. Quanquam Fachinaeus in *pr. d. cap.* 57. inter omnes constare scribit, si nomen prioris judicis in cautione judicatum solvi expressum sit, fidejussorem in causa appellationis non teneri, per *d. l.* 20. quae tamen agit de casu quo *petitor appellavit*, Reusque prima instantia absolutus est: Tunc nihil est causae, cur fidejussor certi judicii, illo finito, amplius teneatur. Verum an is, qui in rem fidejussit, promisitque se judicatum soluturum, sine mentione vel respectu judicis certi, liberatur etiam ubi semel reus est absolutus, appellatione licet interposita? Non videtur, etsi Bartolus et Fachinaeus ita eoixe velint. Recetius Martinus Glossator, aliique laudati a Fachinaeo tenent, eo casu fidejussorem teneri, dum causa peremptorie decisa, et in statum executionis deducta sit, quod ex generali conceptione verborum, quae cum effectu accipienda, sine dubio colligendum. Trentacinqu. *lib.* 2. *Resol.* 3. *de Expens.* Anton. Gabr. *Comm. Conclus. lib.* 3. *de Fidejuss. concl.* 4. Tessaur. *Decis.* 202.

3. (e) Quando jure novo, moribusque hodiernis usum habeat haec Satisdatio, diximus *ad Inst. d. tit.* Reducitur ad duos fines, Arresti relaxandi, et Interventionis, sive defensionis: De Arresto diximus ad *tit. de in jus voc. p.* 116. idque jam tota Europa notissimi usus habetur, Arresta tam personalia quam realia, solvi per satisdationem de judicato solvendo, quod et meritissima juris ratio postulat; ne quis alium hominem alienamve rem, si caveatur, detineat. De interventione accurate diximus ad *tit. de Procurat. pag.* 176. *et seqq. part. praeced.* ubi quod subjicimus, a necessariis defensoribus non exigi hanc cautionem, id de absolute necessariis, qui judicio ab Actoribus compelluntur, non de his, quos ibi secundum quid necessarios appellavimus, accipiendum.

TIT. VIII.

RATAM REM HABERI, ET DE RATIHABITIONE.

I. Usus hujus. cautionis. II. Etiam extra Judicium. III. Casus quibus cessat.

(a) Procurator actoris, cujus mandatum aliquo defectu laborat, stipulanti reo promittere debet, Dominum, quidquid egerit Procurator, ratum habiturum, idque per fidejussorem confirmandum est. *l.* 1. *C. de Procur. l. un. C. de Satisd.* Idem potest habere locum, quando Statutum requirit ut Procurationis instrumentum a Notario scribatur, quod apud nos sancitum. Non est juris dubium, quin hic defectus cautione de rato suppleri possit, nec opus, ut ea causa Procurator exceptione cum expensis, ut fit, se rejici patiatur, quod offerendo cautionem evitare potest, ut quae posse debet. Si quis omnino mandatum ad agendum non habeat, eum nullo modo admitti, exceptis, sub hac cautione, Personis conjunctis diximus *ad tit. de Procurat. p.* 174. *part. praeced.* ut inter personas conjunctas sit etiam uxor, qua de re dix. *sup. p.* 226. Ferme idem obtinet in aliis negotiis, unde actio nasci potest. *l.* 20. *h. t.* Eadem ratio est in actoribus civitatis, ut si dubitetur, an sint actores vel Syndici. caveant de rato, *l.* 23. *de Adm. tutor*, quod

(e) *Pos.* 3. (a) *Pos.* 1. *et* 2.

cum rarius eveniat, hinc tales, ut et curatores bonorum non cavere dicuntur. *l.* 9. *h.*

2. Nec tantum in judicialibus, sed etiam in contractibus obtinet haec cautio, *l.* 2. *h.* cum hoc effectu, ut si non fiat quod est promissum, per defectum ratihabitionis, is qui cavit, ejusque fidejussores, in id quod interest teneantur, *l.* 13. *h. t.* Cum autem in extrajudicialibus haec cautio fiat eodem fine, quo in judicio, supplendi defectus mandati causa, rursus apparet, quam frivolus sit usus ejus in maritis, qui pro uxoribus agentes, se pro his de rato cavere profitentur, cum hi nullius indigeant mandati, ut jam demonstratum est ad *tit. de Tutelis pag.* 226.

3. (b) Cessat haec cautio, I. Si Procurator in judicio sit datus, nisi reconventionis causa. *l. un. C. de satisd.* II. Si in libello Principi oblato professus sit actor se dedisse Procuratorem. *l.* 21. *h. t.* Vid. *tit. ad L. de Satisdat. n.* 4.

(b) *Pos.* 3.

LIB. XLVII. TIT. I.

DE PRIVATIS DELICTIS.

I. Continuatio, et de voce delicti. II. Definitio, et quo sensu non omne factum turpe sit delictum. III. Delictum e facto materiaque sui aestimandum, non animo solo. IV. De imperfectis delictis. V. Quid turpitudinem delicti faciat. VI. De concursu actionum criminalium. VII. Haeredem ex delicto defuncti non teneri.

Absolutis omnibus quae ad Contractus et negotia judiciaque Civilia pertinent, sequuntur duo, quos Justinianus vocat, terribiles libri, de Maleficiis, eorumque poenis. Crimina, delicta, maleficia dicas, non multum quidem interest, *l.* 131. *in fin. de V. S.* nisi quod delicta generalius, crimina tristius aliquando graviusque, *l.* 2. §. 8. *C. de Vet. jur. enuncl.* maleficia de fraudulentis magis quam audacibus; flagitia de turpioribus exaudiri videntur, ut exemplis demonstrare longius, quam difficilius foret.

2. (a) Sunt autem *Delicta*, si definito opus, *Facta turpia, quae Legibus puniuntur.* Est heic genus et differentia. Tu dices, nonne sufficit ad delicti naturam, ut sit *factum turpe*, quod ibi totum generis loco ponitur? Non videtur, quia sanctione legis opus est, ut factum pro delicto in civitate habeatur: quo pacto si Malmesburiensis philosophus dixisset, *ex lege Civili sola colligendum esse*, quid fas, quid honestum aut scelestum sit, dum ait; *quid furtum, homicidium, adulterium, et injuria sit, id ex legibus civilibus cognoscendum est. tract. de Cive cap.* 13. §. 7. non esset adeo intolerabilis sententia, quam esse probavimus *part.* 2. *Digress. lib.* 1. *c.* 8. *num.* 10. Haec cum illa, positio nihil habet commune; is enim ita censet, eos, qui sunt in statu naturali, id est, qui non sunt eodem Imperio devincti, juris, hoc est ejus quod fas, nefas, bonum, scelestum vocatur, inter se non habere communionem, nec inter se injurias posse committere. Nos, quidquid est turpe, semper esse nefarium et *injustum* arbitramur, Τὸ γὰρ μὴ καλὸν οὔποτ' ἔφυ καλόν ut Euripides: sed delicti aestimatio civilis a poena dependet. *l.* 41. *de Poen.* Atqui ut non omne honestum legibus, tanquam necessarium praecipitur, ita nec omnia turpia puniuntur, ut probavimus *d. lib.* 1. *Digress. c.* 2. *n.* 4. Dicat Martialis in masturbatores,

---- *Scelus, est mihi crede, sed ingens,*
Quantum vix animo concipis ipse tuo.

Et mox, *Istis quod digitis, Pontice, perdis, homo est.*

Non est tamen delictum illud non magis quam ebrietas, quia *Legibus* non *punitur.* Adjungunt igitur haec verba differentiam definito, ut ita loquar, essentialem, nec ideo debent abesse.

3. Sed quod delicta vocantur FACTA, suggerit has observationes: primo, quod delictum in cogitatione, cujus poenam nemo pati dicitur in *l.* 18. *de Poen.* non constat, sed adsumpto actu crimina intelligi oportet. *l.* 225. *de V. S.* Secundo, Cogitatio, si ad factum processerit, non dat formam delicto, si corpus sive materia facti non conveniat. (b) Idem qui nunquam rem alienam invito domino subtraxit, qui nunquam matremfamilias alienam contrectavit, tametsi putet se fecisse, non est fur nec adulter. *d. l.* 225. Si credat aliquis, invito domino se rem ejus contrectare, domino autem volente id fiat, dicitur furtum non fieri. §. *Sed et si credat.* 8. *I. de Obl. ex del.* Qui cum alterius uxore cubare se putans, ancillam amplectitur delusus, non est adulter, quia non est verum quod alienam uxorem corruperit. *l.* 6. §. 1. *ad L. Jul. de Adult.* Etsi coram Deo plane reus sit, ut vere commissi: Juris enim divini est, *crimina mente metiri*, Legislatoris, *quotiens manu rem tenere potest*, ut Cicero dixit. Quid est igitur, quod in *l.* 14. *D. Ad L. Cornel. de Sicar.* habetur; in maleficiis voluntas spectetur, non exitus? et in *l.* 5. *C. ad L. Jul. Majest.* sic Arcadius et Honorius; *Eadem severitate voluntatem sceleris, qua effectum puniri, jura voluerunt?* Satis constat, haec loca non de cogitationibus secretis, propositisque solo animo conceptis, sed de actu aliquo adsumpto, vel supposito saltem accipienda.

4. Sed quousque factum, ut pro delicto habeatur, procedere oporteat, generali definitione statui non potest: sunt equidem perfecta, vel imperfecta delicta. Perfecta, quae cujusque maleficii nuncupationem impleant; et imperfecta,

(a) *Pos.* 2. (b) *Pos.* 6. *et* 7.

quae ad plenitudinem suam non pervenerunt, quod ex singulorum proprietatibus colligendum in universum, imperfecta delicta non eadem severitate, sed mitius puniri, quidquid Caesares in *d. l. Quisquis*. 5. dicant, jura voluerunt, *l.* 3. *de His qui not. infam. l.* 1. *in pr. et §. ult. de Extraord. crim. l.* 21. §. 7. *de Furt. l.* 16. §. 8. *de poen.* Idque ratio suadet omnino, respectu imbecillitatis humanae, qua primi motus ita non sunt in potestate, ut eorum actus eodem rigore, quo perpetrata facinora, excipi debeant. Aliquando penitus transmittuntur, ut in crimine Falsi; qui scripsit falsum testamentum, si tamen signatum non sit, plane transmittitur, *l.* 6. *ad L. Cornel. de Fals.* quod etiam in levioribus flagitiis servatur, ut *d. l.* 3. *Qui not. infam.* Quod si factum sive corpus delicti sit impletum, etsi effectum extra se non habuerit, ideo non desinit perfectum esse delictum, ut, si falsum sit praescriptum signatumque, sed nihil inde sit petitum aut exactum. *d. l.* 6. *in pr. de Fals.* Denique fit etiam, ut imperfecta facinora poenis ordinariis subjiciantur, ut in Lege Cornelia de Sicariis, de eo qui cum telo ambulaverit hominis occidendi gratia constitutum; quin et conscientia sceleris in crimine Majestatis, quod tamen quo pacto sit accipiendum, suis quaeque locis videbimus. (c) Porro et consilium aliis dedisse, si modo eventus secutus fuerit, crimen est. *arg.* §. 11. *in fin. Inst. de furt. l.* 36. §. 1. *et l.* 52. §. 19. *de furt. l.* 16. *pr. D. de poen.* Et qui opem ferunt, crimen contrahunt, sive ante commissum scelus id faciant, sive in ipso crimine, sive post commissum crimen, si illorum ope reus aufugit. *l.* 54. §. 4. *D. de furt. l* 7. *D. ad leg. Pomp. de parric. l. un. vers. et qui eis auxilium C. de rap. virg. l.* 1. §. 1. *D. ad leg. Corn. de Sicar.* Opem tulisse etiam is intelligitur, qui adstitit, tametsi manus non moverit, scil. terrendi causa. *arg. dd. ll.* Qui mandat scelus, quique mandatum exequitur, uterque reus est ordinariae poenae, ut diximus *ad tit. I. Mand. n.* 6. Non eadem causa jussus est, quae mandati. Qui enim jussum ejus in cujus est potestate, executus fuerit, ordinaria poena non semper est adficiendus. *l. ult. C. de his. qui sib. adser. in test. l.* 8 *C. ad leg. Jul. de vi. l.* 2. *C. de Sep. viol*

5. (d) Porro non tantum materia facit turpitudinem delictorum, sed et animus delinquentium. Etenim Facta *turpia* dicuntur, non ob culpam, sed quia dolus in iis requiritur. *l.* 53. *fin pr. de Furt. l.* 3. §. 1. *d. injur l.* 7. *ad L. Cornel. de Sic.* Solum damnum e culpa aestimatur, §. 3. *et sequ. I. de L. Aquil.* non raro tamen et culpa gravior extra ordinem punitur, *l.* 3. §. 1. *de off. praes. vig. l.* 9. *l.* 11. *de Incend. rein. naufrag. l.* 38 §. 5. *de Pon.* quin sola scientia in atrocioribus. *l.* 2. *ad L. Pomp. de parricid. l.* 5. *C. ad L. Jul. Maj.* Hinc qui doli capaces non sunt, ut furiosi et infantes, non delinquunt, *l.* 12. *ad L. Corn. de Sicar.* secus proximi pubertati. *l.* 111. *de R. J. §. pen. I. de furt. l.* 23. *D. eod.* Dolus non modo propositum est, quo delinquunt e. g. latrones; sed et impetus, puta ebrietatis, irae, amoris, libidinis. *l.* 11. §. 2. *et l.* 16. §. 2. *D. de Poen. l.* 7. §. *ult. D. ad leg. Jul. repet.* De quasi delictis, quae sine dolo eorum qui puniuntur constant, non est locus in Pandectis proprius, ideoque ad *Instit.* ubi diximus, hac parte recurrendum.

6. (e) Inde etiam repetenda Judiciorum divisio, in publica et privata, quam vid. *ad tit. I. De obligat. quae ex del. nasc.* Sunt igitur delicta vel privata, vel publica; verum dantur species, quae et privata et publica delicta sunt; ut si quis instrumenta sua prodita dicat, hoc et privatim extra ordinem, *l.* 8. *de extraord. Crim.* et publice vindicatur. *l.* 1. §. 6. *ad l. Corn. de fals.* item concussio, *l.* 2. *de Concuss. l.* 1. *et* §. 1. *de fals.* denique plagium. *l.* 1. *et t. tit. ad L. Fab. de plag.* Adde *l. un C. quand. civ. act. crim.* Ex hac autem lege quaeritur, quid juris sit in concursu actionum criminalium; quod eodem modo decidendum fere, quo articulus de concursu civilium actionum, definiendumque, idem non esse bis exigendum; quo facit, quod poena eleganter aestimatio delicti dicitur. *l.* 41. *in f. de poen.* Igitur, cum civiliter de privato delicto ad poenam actum est, criminaliter de eodem agi non potest, nec vice versa, sed alternative procedendum. *l. ult. h. l. ult. de furt.* add. *l.* 7. §. 1. *de Injur.* et inprimis *l.* 56. §. 1. *de furt.* dix. *ad h. t. Inst. sub fin.* Sed privatum judicium non tollit publicum, quia haec dantur diversis personis, nec rei persecutoria actio criminale judicium. *d. l. un. Quand. civ. act.* Quod si plura delicta sint, uno licet facto, tum sine dubio datur concursus, *l.* 2. *in pr. et* §. 1. *h.* etsi movet scrupulum *l.* 53. *in pr. de O. et A.* de qua diximus in *Praelect. Inst. de obligat. ex del. sub fin.*

7. (f) Porro ex delicto neque civiliter neque criminaliter haeredes teneri, pro certo habemus; nisi post litem contest. *l.* 1. *pr. h.* vel nisi reus diu post stipulationem jud. sistendi causa decesserit, *l.* 10. *si quis caution.* qua de re

(c) *Pos.* 8. 9. *et* 10. (d) *Pos.* 3. 4. *et* 5. (e) *Pos.* 1. 11. 12. 13. *et* 14. (f) *Pos.* 15.

diximus ad *tit. Inst. de perpet. et tempor. act.* Poenas quoque delictorum in duplum, triplum, quadruplum, moribus hodiernis cessare, manifestum est: qua ratione, et numquid in universum, videbimus *ad tit. de Poenis.*

T I T. II.

DE FURTIS.

I. Remissio, et an furta usus hodie pro talibus habeantur. II. Quid si quis partem rei abstulerit. III. Domestica furta lenius an gravius punienda. IV. Positiones quaedam aliae. V. Quatenus poenitentia furti actionem tollat. VII. Furem praeter poenam corporalem, teneri condictione, licet res non extet, ut et ejus haeredem.

(a) Non est integrum nobis recedere ab instituto, quod est; alibi dicta non repetere; * ideoque defunctis hac rubrica ad *Institutiones tit.* 1. *lib.* 4. remissio illoc facta loco expositionis erit.

In lege 18. *de Condict. furt. Furtum fit, cum quis indebitos nummos sciens acceperit.* (1) Item, *qui jumenta sibi commodata longius duxerit .... furtum facit. l.* 40. *h. t.* Negant hodie Pragmatici, talia commissa furti crimine censeri, ut probat auctoritate multa Groenewegius ad §. 6. *et* 7. *I. de Obl. ex del.* Quid apud populos, qui jure civili utuntur, ut nostrates? Videtur hac parte mollities temporum cessisse veterum severitati; nec enim pro furtis habentur aut puniuntur, nisi major et exquisita detegatur improbitas. Plane quod ejusmodi facta creduntur hodie furti vitio exempta, fit inde, opinor, quod Procuratores Generales nonnisi de ablationibus fraudolentis et gravioribus agunt; Privati vero in duplum vel in quadruplum nunquam agunt, sed condictione tantum in id quod interest, cujusmodi actiones nec speciem, neque titulum furti habent, etsi vera aestimatione talia furti vitio infecta sint. Plane ut recte dicas, furta quidem esse, verum furti actionem de illis non dari. Idem de plerisque furti usus, et possessionis speciebus, existimandum.

2. (b) Credo nec illam hodie subtilitatem probatum iri, qua is, qui partem ejus, quod totum tollere potuit, abstulit, vi contrectationis fur totius censetur, contra ac si totum tollere nequiverit. *l.* 21. §. 8. *h. t.* Quid enim, Furatus est aliquis e sacculo ducentorum Ducatorum duos, eritne fur duorum, an ducentorum? Credo duorum, nec amplius repetitur, nec aliter punietur. Imo dixerit aliquis: si animum spectes, certum est, eum, qui totum tollere potuit, plus quam sustulit furari noluisse: Qui vero sumpsit quantum potuit de cumulo non portabili, totum animo videri furatum, contra Ulpianum *in d. l.* 21. §. 8. At is magis ad corpus delicti, quam ad animum delinquentis respexit. Hoc autem respectu, absonum dictu est, furem esse totius, qui non potuit fur totius fieri, sicut nemo potest esse ejus fur, quod ferre non potuit. Postea vero tollere potuit, hactenus saltem terminos furti habiles adesse, apparet.

3. Paulus in *l.* 89. *h. Si Libertus Patrono, vel cliens, vel mercenarius ei qui conduxit, furtum fecerit, furti actio non nascitur;* quia domestica furta mitius habenda sunt. *l.* 11. §. 1. *de Poen.* Mirum qui factum sit, ut judicia nostri hominum seculi, tam e diametro Romanis adversentur. Nam hodie furta domestica severius, etiam capite puniuntur, ut testantur undique pragmatici, Groenewеg. *ad* §. 12. *I. de Obl. ex delict.* Carpz. *Prax. crim. Part.* 2. *Qu.* 82. *num.* 55. etsi Elector Saxoniae nullum discrimen inter domesticos et extraneos

(a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 3.

(1) *Modo nomine veri creditoris assumpto, in persona sua mentitus sit, tunc enim vere committit furtum, et de hac tantum specie capienda est* l. 18. de Condict. furt. *quod si nihil in persona sua mentitus sit, is qui sciens indebitum accepit, fallax est magis quam furtum facit.* l. 43. pr. §. 1. 2. et 3. de furt. *Vide Bartholom. Chesium* interpret. jur. lib. 1. cap. 37.

* Praeter ea, quae de furtis *super. P. I. p.* 373. 375. 376. 377. 379. 380. monita sunt, hoc loco operae pretium est observare, (1) non obtinere ratione poenae differentiam inter furem diurnum et nocturnum, nec illum gladio, sed ordinaria furum poena, affici, etiam Jure Saxon. Carpzov. *Pr. Crim. qu.* 78 *n.* 9 Schilt. *ad ff. Ex.* 49. *th.* 8. *seq.* (2) furtum magnum, pro quo in Saxonia El. tantum habetur, quod 5 aureos excedit, P. 4. *C.* 32. §. *Wenn. einer.* puniri laqueo, licet sit simplex, et prima tantum vice commissum, *d. C.* §. *und. soll.* parvum autem, si 2 cum dimidia aureos excedat, fustigatione, carcere vel multa, *d. C.* §. *ferner.* sine discrimine, sive prima sive tertia aut seconda vice commissum fuerit (3) poenam suspendii in femina aeque ac in masculo obtinere. *Land. R. l.* 2. *art.* 13. Carpzov. P. 4. *C El.* 38. *def.* 10. (4) in furto non qualificato, poenitentiam et satisfactionem ab ordinaria poena liberare *d. C.* 22. §. *f.* add. Menck. *Tract. syn. Instit. p.* 130. *seqq. Pandect. p.* 626. *seqq.* Berger. *El. Jur. Crim. p.* 41. *seqq.*

servari voluerit, ut ibidem Carpzovius *n.* 56. Utri rectius, mores an Leges, disceptat, non decidit A Matthaeus ad *tit. de Furt. c.* 1. *n.* 2. Forte nihil erres, si distinguendum putes inter officium Patrisfamilias et Judicis. De illo, videtur esse durum, ut homines domestica consuetudine devinctos, pater ipse familias severitati publicae objiciat: praesertim si leviora sint commissa, quomodo sententiam Pauli Marcianus limitat in *l.* 11. §. 1. *de Paen.* cui accedit, quod tales domestici plerumque novi sint facinorum, occasionibus abrepti, et emendationis capaces. Quin vidimus graves atque prudentes viros, qui famulos suos gravium quoque furtorum compertos, tamen illis parcere, suisque castigandos remittere, quam Judici tradere maluerunt. Ex adverso alias rigorem eorum, qui mercenarios suos furti compertos, severitati publicae exposuerunt, vulgo improbatum meminimus. In Judice *qua tali*, magis valet haec ratio Ciceronis, *Ea maxime peccata animadvertenda, quae difficillime praecaventur. Orat pro Rosc.* non esse autem ullis majorem furandi copiam quam domesticis, res ipsa loquitur. Ac ita nostrates. Non habemus de Furto proprias Leges; Ideoque utimur jure civili hac etiam parte: sed perpetua jurisdictione receptum est, ut si furta domestica publice accusentur, aliquando severius puniantur, secundum merita circumstantiarum; nunquam tamen ad mortem, vel abscissionem membri, *Nov.* 134. c. *ult.* sed inustione stigmatis, vel longiori exilio; Nam mortis poenam in simplex furtum, uti quidem credimus rectae rationi non minus, et juri divino, quam Romano adversam, ut pridem a nobis aliisque demonstratum; quidquid novissime in contrarium prolixe disputet Carpzovius *Part.* 2. *Pract. crimin. Cap.* 77. *n.* 14. *et seqq.*

4. (c) Qui nummos e re sua, a fure vendita redactos, ei excussit, is furti tenetur, etsi . .imus lucrifaciendi abesse videatur. *l.* 38. §. 2. *de Nox. act.* Nempe, si is postea contra furem instituat agere furti, *d.* §. 2. tunc enim non abesse animus lucrifaciendi. Sed hodie fur solus actioni erit obnoxius; Qui nummos excussit, nec criminaliter, cum vix deliquerit, neque civiliter tenetur; cum fur eo casu, nisi ipse jam litis aestimationem praestiterit, non habeat repetitionem.

(d) Colonus ob fructus ereptos agit furti, quia interest ipsius, *l.* 14. §. 2. *h.* imo domino fundi datur actio, per *l.* 60. §. 5. *ff. Loc.* Sed dic, utrique actionem competere, *l.* 82. §. 1. *h.* idem de debitore et creditore propter pignus videtur. *l.* 12. § 2. *h. t.*

(e) Aliquando furti actionis et condictionis vocabula confunduntur, ut videtur in *l.* 9. *pr.* junct. §. 1. *h. l.* 9. *D. de in lit. jur.*

(f) Plures, qui simul delinquunt et furantur, omnes ad eandem poenam, et quidem in solidum obligantur, *l.* 21. §. 9. *h. et l.* 51. *ad L. Aquil.* ut nec unius solutio reliquos liberet, *dd. ll.* quod de publica poena verissimum, de condictione, quae datur privatis, secus est. *per l.* 57. *de R. J.*

5. *Furti* peccato per *poenitentiam nemo desinit esse nocens. l.* 65. *h.* Privatis tamen actio, quae *Moribus* unice rei persecutoria est, post restitutionem a poenitente fure factam, adimitur. *l.* 54. §. 3. *h.* Publica poena non remittitur, nec ideo hunc casum inter eos, quibus cessat ordinaria furti poena, referre necessum est, cum Carpzovio *Part.* 2. *Prax. Crim. quaest.* 80. *n.* 65. Nisi quatenus in universum merita circumstantiarum, poenam aliquando mitigari suadent. Aliter, qui capitis poenam huic maleficio imposuerunt, qui ob poenitentiam in tempore demonstratam, *merito* de moderatione cogitant. Idem de Transactione a domino cum fure facta, de qua Carpz. *ibidem n.* 80. existimandum.

6. Sed quaeritur, an post corporalem furti poenam, agi possit adversus furem ejusve haeredem ad repetendam rem ablatam; Poenam dupli vel quadrupli cessare, probavimus *ad Inst. sub fin.* Sed rei vindicationem vel condictionem furtivam cum actione poenali, seu pecuniaria sive extraordinaria corporali concurrere, nullum est dubium. §. *fin. I. de Obl. ex del.* §. *Ex maleficiis* 18. *I. de Action. l.* 1. *de Privat. del.* A qua sententia juris Civilis cur recedendum sit, nulla reddi potest idonea ratio; cur poena, inquam, publica, rem suam vel rei suae pretium, is cujus interest, amittere debeat. Ideoque omnes ferre Juris consultos in hac esse unanimi sententia, fatetur ipse dissentiens Carpzovius *part.* 2. *Crim. quaest.* 80. *num.* 103. *et* 110. ipse ita distinguit, si res extet furtiva, datur vindicatio; si non extet, in id quod interest, non datur actio. *num.* 108. *et seqq.* Ratio Carpzovii haec est, *quod iniquissimum, durissimum et crudelitati proximum esset, ut fur ultra paenam mortis aut corporis adflictivam, damna quoque et interesse sarcire teneatur, Nec ullibi in jure universo cautum reperitur, ut Reus poenam mortis luat, et simul damna praestet ac bona sua amittat.* Plures habet rationes, sed ad Jus Germanicum pertinentes. Quid autem a jure civili et a ratione est alienum, si hoc non est; neminem teneri ad poenam corporis adflictivam, et ad praestandum id quod interest? An poena delicti tollet rei persecutionem, quae tendit ad id quod interest? Et tollet regulam juris civilis et naturae, quod turpia lucra sint

(c) *Pos.* 2. (d) *Pos.* 4. (e) *Pos.* 5. (f) *Pos.* 6.

haeredibus extorquenda? Non est quidem duplici poena reus adficiendus; sed persecutio patrimonialis et vindictae nihil habent commune, nec invicem se tollere possunt, ut probatum *ad fin. tit. Instit. de Action.* Quomodo autem hoc fugit ἕρκος ὀδόντων Carpzovii, ut diceret, neminem simul mortis poenam pati et amittere bona? Quorsum igitur titulus *de bonis damnatorum*? Quod respondet *ad §. fin. Inst. de Obl. ex del. et §. ex maleficiis* 18. *I. de Action.* hoc ait esse verum jure civili dumtaxat, quo fures poena mortis aut corporis adflictiva non adficiuntur. Nec corporali quidem poena? De morte concedimus; de corporali pernegamus. Quorsum enim subscribitur in crimen furti, ad extraordinariam animadversionem, oppositam poenae civili? *l. ult. de Privat. del. l. ult. de furt.* Non potest haec non esse corporalis poena. Verum est raro his diebus agi ad damni persecutionem contra fures corpore punitos, quia fere sunt inopes. Si vero in bonis habeant, nihil haerendum, quin damni praestatio corporis poenam comitari possit. Nescio tamen, an haec opinio Carpzovii non radices aliquas egerit in foro, ut in Curia nostra dubitatum viderim, an fur corporis poenam passus, etiam ad damnum atque impensas judicii damnandus esset; adfirmantibus quibusdam id nunquam esse observatum. Sed casu incidente, quo fur seu peculator locuples, publice virgis caesus erat, non est haesitatum, quin etiam ad damnum resarciendum et impensas litis teneretur. *In causa Procuratoris Generalis, contra Jan Fransen, ante ferias Pentecost.* 1680.

TIT. III.

DE TIGNO JUNCTO.

(a) Lex XII. tabb. actionem de tigno juncto in duplum dedit contra eum, qui tignum furtivum aedibus suis junxit. *l. 1. pr. h. et ult. eod.* quae tamen extensa fuit adversus omnes, qui sine furto tignum junxerunt ut liquet ex *l.* 23. §. 6. *de R. V. l.* 7. §. 10. *de A. R. D.* Placuit hoc in compensationem negatae rei vindicationis, ne domino injuria facta videatur, cum duplum ei salvum sit. Quia tamen plerumque res mobiles in alienis manibus existentes vitio furti affectae sunt, ideo furtivi tigni mentio fuit in *h. t.* et sic capienda *l.* 63. *de Don. int. V. et U.*

SCHOLIUM.

In qua (l. 63) *tignum furtivum non opponitur bona fide possesso, sed ei, quod sciente domino junctum est, adeoque sub se vi oppositionis omne tignum comprehendit, inscio domino aedibus junctum.*

(b) Caeterum, fur praeter actionem in duplum, tenetur ad exhibendum in id quod interest, *l.* 1. §. *ult. h.* vel rei vindicatione, soluto aedificio, *l. ult. h.* quarum neutra datur contra B. F. possessorem. §. 29. *I. de R. D.*

TIT. IV.

SI IS, QUI TESTAMENTO LIBER ESSE JUSSUS ERIT, POST MORTEM DOMINI ANTE ADITAM HAEREDITATEM SUBRIPUISSE, AUT CORRUPISSE QUID DICETUR

(c) Servus, qui in testamento liber esse jussus est, si furtum rei haereditariae fecerit, ex mere juris ratione non tenetur, quia nec ut servus potest puniri, propter spem imminentis libertatis; neque ut liber damnari, ob rationem in *l.* 1. *h. t.* junct. *l.* 68. *de furt.* Ideo datur utilis actio in duplum adversus illum, quae est annalis, *l.* 1. *pr.* quod si post aditam haereditatem res surrepta sit, tunc est actio furti ordinaria. *l.* 1. §. 8. *h.*

TIT. V.

FURTI ADVERSUS NAUTAS, CAUPONES, STABULARIOS.

(a) Haec actio in factum, datur in duplum, de furto in nave, caupona, stabulo, ab ipsis cauponibus vel ministris eorum, non a viatoribus facto. Ratio est in *l. un.* §. *ult. h. t.* quoniam

(a) *Pos.* 1. 2. *et* 3. (b) *Pos.* 4. (a) *Pos.* 1. *et* 2. (c) *Pos.* 1. *et* 2.

viatores repellere non possunt, sc. regulariter et civiliter soo, justa tamen ex causa suspicionis possunt. Sic eape sis *l.* 1. §. 1. *Naut. caup. stab.* diximus: et ad *tit. I. de Quasi-delictis* *pag.* 405. *part. I.* Meribus hodiernis, noo oisi in simplum ex hac causa agi, ootum est, ex loco communi de poenis actionem civilium sublatis.

T I T. VI.

SI FAMILIA FURTUM FECISSE DICETUR.

(a) Familia hic est grex servorum sub ejusdem domini potestate. Furto ab his facto non multiplicatur actio noxalis, sed Dominus, qui ignoravit scilicet, liberatur solvendo quantum solvi deberet si unus liber homo fecisset furtum. *l.* 1. *h. t.* quod si nolit, omnes servos dedere debet. *d. l. pr.* De servis eorumque furtis οὐδεὶς λόγος, *quod ad mores attinet hodiernos scilicet.*

T I T. VII.

ARBORUM FURTIM CAESARUM.

(a) Qui arbores alienas furtim cecidit, deglabravit, aut subsecuit, variis tenetur actionibus: I. Actione praetoria in duplum. *l.* 7. §. *ult. h.* II. Actione L. Aquil. III. Actione ex L. XII. Tabb. *l.* 1. *h.* IV. Furti actione. V. Condictione furtiva. VI. Actione ad exhibendum. *l.* 8. §. 2. *h.* VII. Actione Inesti. *l.* 9. VIII. Interdicto quod vi aut clam *l.* 11. *h.* IX. Coercitione extraordinaria. *l.* 2. Qualis autem hic sit concursus, judicandum ex doctrina generali, quam habes ad *Tit. Inst. de Action. n.* 33. *p.* 437. *et seqq.* item ex *l.* 1. *in f. l.* 9. *et l.* 11. *h. t.* Hujus rubricae propria est actio praetoria in duplum, quae datur ei, qui dominium sive directum sive utile habet. *l.* 5. §. *fin. hic.* licet fundum vendiderit. *l. ult. eod.* Non dator fructuarin, *d. l.* 5. §. *pen.* datur haeredi, caterisque successoribus, non in haeredem, *l.* 7. §. *pen. h.* Si plures deliquerint, cum singulis in solidum agetur *l.* 6. *in pr. hic.* Gentes aliae suas habent poenas; quarum varias recensuit Schilter. *Ex.* 49. §. 17. *et seqq.* Nostrates * habent mulctam XII. florenorum *primo*, Viginti quatuor *secundo*, Quadraginta *tertium*, praeter arbitrariam coercitionem De mulcta, parentes pro liberis tenentur. *Lib.* 2. *Stat. tit.* 4.

T I T. VIII.

DE VI BONORUM RAPTORUM, ET DE TURBA.

I. Remissio, et quibus actionibus Raptor teneatur. II. Quae sit poena grassatorum. III. Rapinam hujus tit. esse diversi generis. IV. Quid Turba, et Poena hujus.

(a) Rubrica duo indicat delicta, Rapinam, et damnum in Turba datum; de priore dictum quod satis sit, *ad tit. Inst. ejusdem rubricae.* Possunt etiam raptores aliis actionibus conveniri, tam civilibus, ut lege Aquilia, condictione furti, rei vindicatione, aliisque condictionibus, *L.* 2. §. *pen. h. l* 4. *C. Fin. regund.* quam criminalibus, *t. ff. et C. ad L. Jul. de vi priv. et L. Jul. de vi publ.*

2. Multum interest, quod ad poenam attinet extraordinariam, data quis opera, an in itineribus, an data occasione litis, subitave cupiditate rapuerit. Primum genus est grassatorum, qui proximi latronibus habentur, et si ferro sint

(a) *Pos. un.* (a) *Pos.* 1. 2. 3. *et* 4. (a) *Pos.* 1. *et* 2.

* Jure Saxon. Electorali, qui arbores frugiferas cecidit, inutilesve reddidit, praeter earum aestimationem, pro singulis 30. solidos, sive duas sexagenas antiquas, praestat, quam multam si solvere nequeat, carcere punitur, ac si grave damnum dolo malo dederit, relegatione etiam vel fustigatione coercetur. *P.* 4. *C. El.* 57. Quisquis vero furandi animo ligna cecidit, is ordinaria furum poena afficitur, *d. C.* §. *und. disjenigen.* etiam suspendio secundum Colar. *dec.* 144. *n.* 24. Berl. *p.* 5. *C.* 52. *n.* 54, Conf. Berger. *El. Jur. Crim.* *p.* 57. *seqq.* Schoepffer *ad ff. Tit. arbor. Furt. caes. num.* 6. *sqq.*

usi, ac saepius id fecerint, capite puniuntur; reliqui in metallum dantur, vel in insulas de-deportantur, *l.* 28. §. 10. *de Poen.* cujus poenae proportionem heic locorum sequimur. Altius intonat Carpzovius, * *Regulam*, inquit, *generalem ponere non dubito: Omnis Raptor sive Praedator, qui homines vi aggreditur manuque violenta spoliat, gladio puniri, ejusque cadaver facta executione, Rotae imponi debet, Pr. Crim. part.* 2. *Qu.* 90. *n.* 12. *etsi tantummodo semel in vita rapinam commiserit. n.* 22. Excessit medicina modum! liceat ἐπικρίνειν *Et quidem famosos latrones in his locis, ubi grassati sunt*, furca figendos esse. ** respondet Callistratus in *d. l.* 28. §. 15. *de Poenis*, *ut et conspectu deterreantur alii ab iisdem facinoribus, et solatio sit cognatis et adfinibus interemptorum, eodem loco poena reddita, in quo Latrones homicidia fecissent.* Sed latrones a grassatoribus, qui sunt raptores viarum, differunt, eo quod hi praedae causa tantum rapiunt, Latrones etiam homines interficiunt. *d. l.* 28. §. 15. Non est tamen negandum, Raptores, qui hoc quasi artificium exerceant, ut evadant grassatores, recte capitis supplicio adfici, idque moribus nostris, nec non bono publico esse consentaneum.

3. Verum in hoc titulo, de his potissimum, qui occasione jurgii, patulantiae aut insolentiae, cui tamen alioni cupiditas et lucri faciendi studium adsit, rapuerunt, agi videtur. Nam de atrocioribus agitur ad titulum *de Vi utraque*, *de Effractoribus*, et alibi. Ad rapinam hujus loci pertinet, quod in *l.* 3. *C. de Vi bon. rapt.* legimus, eum, qui res sibi obligatas eripuit debitori, esse raptorem, et de vi bonorum raptorum in quadruplum teneri. Atqui tales non videri esse raptores, sed tantum jure suo cadere, didicimus ad *tit. Inst. de vi bon. rapt.* Sed revera non agitur in §. 1. *d. tit.*, nisi de his qui res suas rapuerunt, qui autem res sibi dumtaxat obligatas rapuerunt, magis est ut veri sint raptores. *d. l.* 3. Imo idem, dices, de credito rebusque debitis traditur, ut in *l.* 12. §. *f.* et *l.* 13. *D. Quod met. c.* At non videtur hoc de vi ablativa, quae raptorem facit, sed de vi compulsiva, quae locum faciat edicto Quod metus causa, intelligendum. Sane quod auctor vis factae in *d. l.* 13. jactura crediti non defungatur, sed etiam in Legem Juliam de vi indicat, in *d. l.* 12. §. *ult.* expressum est. Verum quid si debitor, pacto, quod vocant, executivo, creditori potestatem fecerit, rem alii obligatam quovis loco apprehendendi, debitor autem Creditori rem apprehendenti restiterit, ac ita Creditor eam rem per vim abstulerit? Adhuc Raptor esse videtur, quia jus illud prehensionis ex conventione permissum, eis vim violentam consistere debet *d. l.* 3. *et l.* 476. *de R. J. A.* Matth. *de Crim. h. t. n.* 3.

4. Caeterum, Quadrupli poenam non esse in usu hodie, tam de Rapina, quam de turba, non est quod moneatur. Habebimus locum communem *ad tit. de Poenis.* (b) Jure civili de turba sic est: si quis sine vi, at hominibus data opera coactis, damnum dederit, vel homines coegerit, alio dante damnum, aut inter eos fuerit, hoc edicto punitur in quadruplum. *l.* 2. *in pr.* §. 9. *et seqq. h. t.* Sed damnum sine vi in turba, non studio ad id coacta, datum, duplo cis annum punitur, post annum simplo. *l.* 4. *in pr. et* §. 6. *eod.* Rapina ubique est quadrupli, sive unus, sive cum aliis fecerit. *dd. ll.* Est autem turba circiter decem hominum aut plurium. *d. l.* 4. §. 3.

TIT. IX.

DE INCENDIO, RUINA, NAUFRAGIO, RATE, NAVE EXPUGNATA.

I. Actio hujus tituli. II. poena incendiariorum. III. Extraordinaria poena illorum, qui ex incendio, ruina vel nave rapiunt aut furantur.

(a) Proprie quidem non agitur hoc titulo de crimine perpetrati Incendii, vel ruinae effectae vel navis expugnatae, sed de poena eorum qui aliquid ex incendio, ruina, naufragio, vel ea-

(b) *Pos.* 3. *et* 4. (a) *Pos. un.*

* Haec tamen Carpzovii sententia legibus Saxonisa satis convenit. vid. *LR. l.* 2. *art.* 13. *P.* 4. *C. El.* 35. §. *f.* quae grassatoribus poenam gladii dictitat. Quod vero cadavera eorum rotae imponantur, id licet dd. legibus expressum non deprehendatur, diuturna tamen receptum est observantia. Carpz. *Pr. Crim. qu.* 90. *n.* 12. *sq.* Id. *P.* 4. *C. El.* 35. *def.* 1. Sicuti vero hoc supplicium non mitigatur, licet prima vice commissum fuerit, Carpzov. *d. l. n.* 21. Ita nec augetur poena, ob crimen iteratum. Berger. *Elect. Crim. p.* 65.

** Latrones apud nos, crimine consummato, vivi rota contunduntur. *P.* 4. *C. El. C. El.* 35. §. *f.* Carpz. *Pr. Crim. qu.* 90. *n.* 61. *sq.* licet latrocinum non in via publica, sed privatis aedibus commissum

pugnata nave rapuerunt, receperunt, damoumve dederunt. *Rapuere*, per vim; *Recepere*, vel ab aliis dolo malo, vel ipsi amoveruot, *l.* 3. §. 3. *et* 4. *h.* aut aliss damoom, etiam sine vi dederuot; omoes in quadruplum tenentur. *l.* 1. *pr. h. t.*

2. Et boo quidem hujus tituli proprinm argumentum est. Obiter tamen etiam de eriminnm executionibus eorum faeinorum agitur. *l.* 1. §. 1. Qui seiena prudeosquo ineendium feeerit, vinetus, verberatus, igne neeari jubetur, *l.* 6. *h.* aut feris bestiis objieitur, *l. ult.* §. 1. nisi quod honestiores eapite simpliciter puoiuntur. Constitutiono Carolina supplieiom ignis injunctom est. *art.* 125. Apud nos strangulantur ad palum, et mortoi torrentur duxtaxat; idque etsi honesti sint, ut decretum vidimus in hominem cognatiooe et affioitate non e vulgo, qui ex odio adversus Collumanos, cum metu bostium pagum suum reliquissent, ineeodium in eo foeerat anno 1672. Nec mitigaoda poena, lieet aedes propriae foerunt, Carpz. *c. l. part.* 1. *Qu.* 38. *n.* 46. quod limitandum videtur, si aliis vieiuss, noo si loco solo coostitutae foerint; quo easu extra ordioem punieodi forent, sed et lata eulpa non impunita est. *l.* 11. Quo pertinet, quod civitates quaedam, eo quod incendia plerumque inhabitantium eulpa fiuot, *l.* 3. *de off. praef. vigil.* muletam babeot statutam in eos, apud quos ineendia fiunt. Civiliter saoe ex Lege Aquilia, a domino ooutra eulpae reos agi posse, diximus ad *tit. de Lege Aquil.*

3. De poena extraordioarie in eos, qui ex iocendio, ruina, vel naufragio rapuerunt, abstulerunt, Antonius Imp. ita; Plurimum interest, peritura collegerint, an quae servari possint flagitiose invaserint. Ideoque si gravior praeda vi adpetita videbitur, liberos quidem fustibus eaesos io triennium relegabis: aut si sordidiores erunt, in opus publieum ejusdem temporis dabis: si non magnae peeuniae res foeriot, fustibus eaesos dimittere poteris, et omnioo, ut in eaeteris, personarum conditiooes et rerum qualitates diligenter aestimaodae sunt. *l.* 4. §. 1. *h. t.* Expugnatio ipsa ratis aut osvis, ad vim *publicam* pertinet, de cujus poeoa videbimus ad *titulum* ejus praedicamenti.

TIT. X.

DE INJURIIS, ET FAMOSIS LIBELLIS.

I. Remissio, Injurias nimis loves non esse in judicio admittendas. II. Convicii significatio ad hunc usum. III. De injuriarum in Magistratus actione. IV. Et de actione quae datur Magistratibus. V. Quomodo injuriae aestimentur, ubi de jure Frisico hac parte et quibus ex causis poenae statuti augeantur. VI. De Recantatione injuriae verbalis. VII. Injuriarum condemnatus, an moribus fiat infamis. VIII. De extraordinaria criminali poena.

(a) Huio Rubrieae prolixe satisfecimus *ad Instit.* Ideoque seleeta qoaedam ad usum pertinentia eollocabimus. Nusquam Jurisprudeotia magis a philosophia, loquor etiam maxime de Christiaoa, quam in viodicandis injuriis diserepat. Quae enim haec alto aoimo sperni jubet, illa serio persequitur, et eustodiendae paci in populo, qui non capit philosophiam, persequi debet; sio tamen, ut judicis officium sit, praeeidere ineptiarum querelas, cujusmudi haec; Objectum erat convitium alieui, *quod porcum interfecisset.* Probato convitio, sed non probata caede porci, Judex inferior reum condemnaverat; A Curia suprema appellaos absolutus est, quia oe vulgi quidem judicio pertinet ea res ad infamiam, etsi in multis Germaniae locis indignior de caedibus animalium sit bominum opioio *d.* 5. *Nov.* 1680. Alius a mercatore quandam in solutum nummos, ut ajebat, improbos acceperat, etsi non probarat. Habeos in manu ejusmodi oummos, in coetu dixerat, *tales nummos cudit ille*; qoi oum inde quasi falsae monetae eausae insimulatus ageret, non auditus est. *ante ferias natalit.* 1679. Sed probans quod alter adjecerat, quatenus Creditores ad ipsum accederent, solitum esse abscoodere se in penuario; eum hoc ad fidem mercatoris minuendam spectaret, obtinuit, *eadem feria.* De vitiis corporis

(a) *Pos.* 1.

fuerit. *d. C.* 5. Carpz. *l. c. n.* 22. imo quamvis nullum lucrum ex caede ad latronem pervenerit, cum spe lucri facta occisio ad ordinariam poenam sufficiat, id *ad P.* 4. *C. El.* 5. *d*, 5. Ob iterationem hujus delicti exasperatio poenae accedit, ut latro candentibus forcipibus aduratur juxta numerum bominum occisorum, *O. Crim. art.* 130. *et* 137. Berger. *El. Jur. Crim. p.* 115. *j.* Carpz. *Pr. Crim. qu.* 23. *n.* 52. *seqq.* contra, homicidio non consummato, gladii poena ponderatis circumstantiis obtinet, cui, si spoliatio jam facta sit, accedit impositio cadaveris in rotam. Carpzov. *l. c. qu.* 22. *n.* 77.

objectis, non facile dabitur actio, nisi valde odiosae sint circumstantiae; ut recte contra communem sententiam statuit A. Matthae. *ad h. tit. c. 1. num.* 3. quod multo magis de bonis corporis dotibus adfirmandum, nisi et hic asperior morsus latitet. Hinc absurdum non est, agi, si mulieri ut convitium objiciatur, quod bella vel pulchella sit, quando et virum nobilem obtinuisse condemnationem invenio contra eum, qui vernacule eum inter alie per contemptum appellaverat *pulchellum*, moye Douwe, *Dominicus ab H. Praetor B. contra Remborturn Wytama. d.* 15. *Jul.* 1636. Quid si quod revera laudabile, convitiandi animo sit objectum? Si tale sit, ut vulgo probri loco haberi queat, actio dari potest, si ad animum revocetur; secus si male audiens conscientia fretus, id ita, sicut est, accipiat, ut apud Euripidem senex ad Menelaum, *Iphig. in Aul. vers.* 304.

Καλόν γε μοί τ' ὄνειδος ἐξωνείδισας.

Probrum est honestum, rex, quod exprobas mihi.

Quin talia, quae cordati homines rident, si aliter vulgus sentiat, objecta contemptus ergo, ad actionem sufficere possunt. Matrona quaedam dixerat, *Sejus vir bonus est, sed optandum foret, uti ne esset ex familia quae spectra edit. Uit het Spookers Geslachte.* Nihil vanius aut stultius, sed plebecula male opinatur ex ejusmodi rumoribus. Septendecim homines ejusdem familiae, totidem instantiis, infestis ominis egerunt injuriarum, apud inferius et supremum tribunal, ingenti agmine testium et immenso sumptu: Curia dictum pro injuria habuit, adstricto familiae vocabulo respectu patris et matris dumtaxat, reliquos exclusit, *in causa Gerrit Gosses cum soc. contra A. B.* 1680.

2. Ait Praetor, Qui *adversus bonos mores convitium fecerit etc. l.* 15. §. 2. *h. t.* Convitium Ulpianus interpretatur, quod in coetu factum sit, *l.* 15. §. 4. *et seqq.* cui opponit maledictum, si dictum infamandi causa probetur. §. 12. *d. l.* 15. Non est dubium tamen, quin et de eo detur actio, *l.* 9. *C. h. t.* si vere dictum sit *infamandi causa. d. l.* 15. §. 12. *et l.* 9. Nec enim qui secreto sermone aliquid de Tertio, quod vere ad infamiam pertinet, dixerit, injuriarum tenetur, ut recte monet Tuldenus ad *d. tit. C. n.* 9.

3. *Nec Magistratibus licet aliquid injuriose facere. Si quid igitur per injuriam fecerit Magistratus, vel quasi privatus, vel fiducia Magistratus, injuriarum potest conveniri, l.* 32. *h. t.* ut tamen, quod Reip. venerandae causa secundum bonos mores fit, etiamsi ad contumeliam alicujus pertineat, actione injuriarum non teneatur. *l.* 33. Hoc in singulis magistratibus, quales erant Romani, expeditius est, quam in collegiis, pariter imperium et Jurisdictionem exercentibus. Namque de singulis, minores Romae statim vocari poterant, majores, ubi magistratu abiissent. *d. l.* 32. De collegiis, singuli indistincte et in continenti recte conveniuntur hodie. Tota Collegia, si quidem suprema sint, nunquam hodie conveniri possunt, quia nunquam abeunt imperio; Sed inferiora quominus de jure vocentur, juris ratio non obstat, etsi rarius ac insolentius sit. In quadam civitate Frisiae, paterfamilias haereditatem quandam officio Commissarii Curiae Supremae administrari voluerat, praeterito Magistratuum in eadem urbe Collegio. Quod propterea offensum, cum idem minus reverenter de jurisdictione eorum locutus diceretur, hominem ex aedibus suis per Lictores semivestitum rapi, ac interdiu per mediam urbem duci jusserat, atque mulctarat. Is praeter appellationem a mulcta, injuriarum adversus Magistratus suos actionem postulabat. Exceptio ab his opposita, quod civis in Magistratus suos ratione officii hac actione non possit experiri, improbata est *arg. d. l.* 32. quod memini, anno 1681.

4. Sed an Magistratus ipsimet injuriam sibi in officio illatam aestimare, mulctamque sibimet applicare possunt? Non posse, statuendum videtur per regulam generalem, quod nemo Judex in propria causa esse queat. *l. un. C. Ne quis in sua causa jud.* Atque ita Curiae Nostrae meo tempore visum, in causa Magistratus cujusdam in Frisia Civitatis, e priore diversae, quae mulierem, propterea quod dixerat, Praesidem et scribam civitatis male complexos esse responsionem a se in causa civili factam, condemnaverat in certam pecuniae summam pro singulis et omnibus collegii membris, quasi injuria per latus praesidis, omnibus facta. Cum haec mulcta esset infra summam Appellationis, quae suspendit executionem sententiae, et mulier appellasset, Magistratus executionem nihilominus urgebat. Sed per libellum supplicem, re exposita auditisque Magistratibus, Curia rescripsit, *executione abstinendum*: propterea quod appareret hanc esse *nullitatem*, quod ipsi pro se commodoque pecuniario sibi applicando judicassent: tametsi factum ad illos *in officio* spectare videretur. Etsi enim Magistratus nonnunquam injurias contra se commissas, si evidentes et graves sint, arbitraria poena publico applicanda, sine processu litis etiam, condemnare possint, tamen si minus evidens, aut modice sit, non nisi causa cognita rem judicare, neque pecuniam sibimet applicare possunt, qua de re Gailius 1. *obs.* 39. et Carpzov. *part.* 2. *crim. Qu.* 94. *num.* 81. A Judicibus etiam inferioribus semper appellandi facultas dari intelligitur, ut *inferius suo loco* videbimus.

5. (b) Actiones injuriarum variae sunt. Prima ex jure Praetorio, et altera ex lege Cornelia, de quibus *ad Inst.* actum abunde; ubi nec obliti sumus, his diebus aestimationes in iis locis, ubi certae poenae singulis injuriarum speciebus impositae sunt, non ita habere locum; etsi in aliis hodieque usurpetur, ut docet Carpzovius *d. l. part.* 2. *Quaest.* 95. Nos de aestimatione Legali, quam nostrates observant, egimus in *Jurispr. hodiern. lib.* 3. *cap.* 9. *part.* 2. et pauca ad eumdem *Tit. Inst. de Injur.* Discrimen personarum aeque secundum talia Statuta, duplo quadruplove summae praescriptae prosequuntur, potius quam infinitis aestimationibus, ut alibi ac in Anglia de *scandalo magnatum* pridem intelleximus, quod merito inter capita Reformationis novissimae relatum intelleximus. Nostrates singulas verbales injurias aestimant octo florenis aureis, qui singuli dimidium imperialem et trinos faciunt sestertios; nisi probrum objiciatur, quod si verum esset, corporali poenae τὸν ἠδικημένον, subjectum redderet, id dimidio *Wergeldio*, quod nostri explicant, *een halfmans boete*, aestimatur, scilicet in judicio objectum et non probatum, 1. *Stat.* 2. *art.* 1. quod non posse extendi ad casum, quo facta sit exprobratio extra judicium, licet judice aliquo praesente, manifestum videtur, idque satis probant rationes a Sandio adductae *lib.* 4. *tit.* 4. *def.* 8. etsi aliter judicatum referat. Realis injuriae similiter habemus aestimationes accuratas, secundum singula vulnerum genera, quibus Legislator Aquiliae et Corneliae Legi pariter satisfecisse videtur, ut jam monuimus ad *tit. ff. de L. Aquil. num.* 10. nisi quis dicat, eas mulctas supponere dolum, *arg. rubricae*, quae est de Injuriis: si dolus absit, non nisi ad aestimationem ejus quod interest agi posse, ut proposuimus *part.* 2. *Jurisp. Hod. lib.* 3. *cap.* 9. *num.* 21. Omnia recensere non est hujus loci. Hoc de omnibus tenendum, nimis profecto modicas videri mulctas; Quid enim? Colaphum pati cogor pro tribus florenis Carolinis, hoc est, imperiali thalero et quinta parte. Capillos evelli, sanguinem plagis mitti, pro sex Carolinis. Auxerunt hoc Ordines nostri ad duodecim, decreto 20. *Febr.* 1652. Nec sic quidem pro rei momento; nisi hoc subveniret, quod pro ratione loci et personarum, aliquando et facti, in duplum fit condemnatio. Ita ut duplum ratione loci, cum duplo respectu personarum conjunctum saepe fiat quadruplum. *d. tit.* 2. *art.* 3. *et* 23. *et seqq.*

Loci ratione, duplum praestatur, quando aliquis injuria affectus est *domi suae, in platea publica, quando ad templum vel e templo procedit, ad judicium aut ad forum, vel in judicio stat. In templo, vel in coemeterio, aut in tabernaculo quadruplum, nisi tabernaculum simul sit diversorium. art.* 27. Ad locum etiam pertinet, *si quis agricolae in opere occupato, dum arat, serit, metit, vel fructus colligit, injuriam faciat, aut his, qui dant operam aggeribus et cataractis reficiendis, art.* 20. Quid per *domum* intelligatur, habuimus *ad tit. de Judiciis, pag.* 327. *n.* 43. *part. praeced.* Non videtur tamen heic loci domus esse tantum, ubi quis larem fixum, et tabulas habet, suarumque rerum universam constitutionem, ut in doctrina Fori competentis, *l.* 203. *de V. S. l.* 1. §. 2. *de Agnosc. lib.* sed etiam praetoria, et recessus temporarii in agris; Heic enim non sedes universa fortunarum, sed haec ratio spectatur, quod domus, cuique refugium sit. *l.* 18. *de In jus. voc.* Hinc etiam, si quis in nave degat, ut nautae peregrini, idem juris esse putat Tiraquellus de *Retract. gl.* 7. §. 11. *n.* 87. et vult ratio. Petr. Fab. *ad l.* 203. *de V. S.* Quid si in vestibulari porticu, juxta plateam apertam fiat? Item esse juris censet Herbaj. *not. ad d. art.* 23. *arg. l.* 12. §. *Papinianus* 23. *de Instrum. leg.* ubi de prothyro; sed hoc ibi velum est januae praetextum, non porticus, aut vestibularium: Verum Sandius in *not. MS. ad eund. art.* refert. idem judicatum, de solo περιχώρῳ aedibus rusticis circumjecto; vulgo *een Hiem* vel *Heim*, nam et in eo cuique Patrifamilias esse creditur refugium, in causa *Aert. Dircks* contra *Jan Gabes, die ult. Maii* 1636.

Ait Statutum, *op der Straeten, als hy tot os van de Kercke, ten Gerechte, of ter Merke gaet.* Haec ultima verba restringere vocabulum *straete*, plateae, censuit olim Curia, teste Herbajo ad *d.* §. 25. Postea saepe visum est, sequentia verba exempli causa insignioris adjecta, duplumque deberi, hoc ipso, quod in platea dictum factumve esset: in causa *Dominici ab Hontinga*, contra *Rembertum Wyttema*, 14. *Jul.* 1636. Quin etiam via publica agrorum plateis adaequata est, in causa *A. B.* contra *G. B. Worcumanum*, qui dum curru praetervehebatur, flagello ex lascivia collo Virginis praetereuntis circumjecto, aliquantis per illam protraxerat. Injuria duplo aestimata est, atque omnino septuaginta Carolinis. Sed hoc singulare est, quod Cauponi, ab hospitibus injuria in aedibus suis facta simplo dumtaxat aestimatur, ut Curiae visum, in causa *Jelle Gottes, contra Arjen Jacobs. d.* 16. *Mart.*

(b) *Pos.* 2.

1619. ut *D. Saekma* testatur *ad eund. art.* Ratio videtur, quia diversorium est domus quasi publica, et eum hospitibus communis, tum quia Cauponum officium est, lites evitare et sedare. *l. 2. Stat. tit.* 1. *art.* 3. Adde, quod plerique sunt homines nauci, qui propter duplum injurias facile subirent. Et tamen *in tabernaculo*, quod vicem diversorii praebet, vel ubi potus venditur, aeque duplum ac in aliis domibus praestatur, *d. art.* 24. *in fin.* quia tabernacula in nundinis, quae maxime liberae esse debent, extra ordinem habentur. Certe etiam Caupones, ab aliis quam hospitibus suis infestati, jus domuum suarum non secus ac alii exequi posse videntur.

Personae, quibus duplum debetur, enumerantur *in art. d.* 23. *Nobiles*, *Pastores*, *Judices*, *Viatores publici*, *Mulieres* ofte *Matronae*, *et Virgines*; *Praegnantibus quadruplum debetur*. Solemus dicere, statuta stricte explicanda esse; quod est verum de his quibus juri communi, quod alicubi receptum est, derogatur. Sed quominus novarum rerum Statuta, sicut Leges solent, explicentur, et per consequentias rationum extendantur, nihil impedimento est; quod heic eo magis faciendum, quia personarum conditiones, post initium Statuti illius. non parum mutatae sunt. Pro nobilibus igitur habentur non tantum, qui jus hoc a Caesaribus aut Regibus acceperunt, sed omnes, quos ex praecipuis familiis, in quibus summi honores Reipubl. fuerunt, ortos esse constat. Pastoribus adaequandi sunt Professores, qui tunc in Frisia non fuerunt, et Doctores, quotquot amplitudinem nominis illius non dedecorant: quo Judices nimium inprimis ad vertunt, adeo ut meminerim, Doctoribus aliquando negatum duplum, et Notariis egregiis addictum fuisse.

Sub judicibus continentur omnes Magistratus, non modo qui in praesenti gerunt honorem, sed etiam qui gesserunt, ut servat usus, multo magis Delegati ad comitia; non tamen hi qui antea fuerunt, ut judicatum scio. Segretarios quoque judiciorum Judicibus accenseri, pridem Curiae placuit, in *causa Petri Mattaei* contra *Wybe Wybes*, *ante ferias O. S.* 1625. Proinde sine dubio Adsessores Praetorum, qui sunt vere judices. De Juratis sive decurionibus urbium olim placuit, iis duplum non deberi, in causa *Scholte Cornelis* contra *Tjepke Hendriks*, *ante ferias Pasch.* 1620. Putem et hem valiturum, quanti sint pretii meritique personalis, quod in hoc genere dubiorum plurimum valet. Juxta viatores publicos, intelliguntur et Executores, paresque judiciorum Administri, non modo dum occupati sunt in exercitio munerum suorum, sed ubicunque pro talibus agnoscuntur, et quidem viatores, si modo insignia, quibus distinguuntur, portent. At vero non creditur illis de injuria, si non probent, nisi quod in executione sui muneris male habiti, per unum testem fidem faciant, nec enim soli vel tum merentur fidem, in re non habente necessariam ad munus suum relationem, ut censet Rebuff. in *l. prohibitum. pr. C. de jur. fisci* Herbai. *ad d. art.* 23.

Sequuntur in Statuto, *Wirouwen ofte Matronen*, de quo articulo dictum aliquid ad *Inst. pag.* 397. Obtinuit autem, ut particula *ofte*, sit exegetica pro *sive*, non disjunctiva pro *aut*, ut non quaelibet mulieres, sed eminentiores, quibus usu vernaculo vox matronarum tribuitur, duplum consequantur. Quod rursus judicum arbitrio subjectum vario aestimatur, nisi quod hoc satis constet, uxores virorum, quibus duplum non debetur, nec ipsas duplum adipisci: adeoque nec uxoribus Procuratorum, ut judicatum est in *causa Nicolai Jacobi* contra *Bartolum Wilhelmi*, *d.* 19. *Martii* 1619. secus ac Advocatorum, ut judicatum in causa *Agatae de Velsen* contra *Drem Hartium*, *ante ferias O. S.* 1629. Nec tamen quorum viris duplum datur, eorum semper uxoribus aeque conceditur, non utique viatorum et apparitorum uxoribus, de quibus dictum. Per eandem placuit olim, vocabulo *jonge Dochters*, non esse audiendas quaslibet virgines, non sane ancillas, aut viles puellas, ut judicatum est in causa *Aris Dirks* contra *Jan Jacobs*, *d. ult. Maji* 1636. Sed matronarum filias, ut notat Sandius MS. ad *d. l. art.* 23. quod tamen nescio an semper ita servatum sit. Nam puellae in via publica ex plaustro violatae, quae vilis erat, ut modo relatum, ex sua quoque persona duplum adjudicatum est, post et supra duplicationem loci. Nam hoc generaliter verum est, duplum ratione loci adhuc conduplicari duplo, quod respectu personarum debetur, ut judicatum in causis supra dictis contra *Hartium* et *Rembertum Wyttama*, et saepe deinceps; quin si quis initium pugnae fecerit, is insuper alio duplo muletatur, ut in *art.* 3. *d. tit.* indicatur. Hoc autem notabile, quod hi, quibus duplum ob injuriam ipsis illatam debetur, aeque duplum praestent his, quibus ipsi fecerint injurias, etsi personae fuerint simplariae. *d. tit. art.* 28. *arg. tit. Quod quisque Jur. in alt.* Ac ita fit, ut aliquis ex adversarii persona lucrum capiat, ut in *l. ult. C. de Fruct. et lit. exp.*

6. (c) Tertia est actio criminalis extraordinaria, per quam humiliores fustibus subjiciuntur. Caeteri autem vel exilio temporali, vel

(c) *Pos.* 4.

interdictione certae rei eoerceutur, *l. ult. h. t.* ut cum ex ordine Decurlonum remnveotur atrocis injurise convicti. *l.* 40. *h.* addo *l.* 43. *eod.* Quae au tem ubique recepta est, * ad παλινωδίαν, aive recautatinnem solemuemque revncstionem, pro crimiusli non habetur, cum ad id quod interest partis laesae propius accedat, ut uotum ex usu Camerae Spirensis, et rationibus Gailii 1. *obs.* 65. *n.* 1. Myusig. *cent.* 2. *obs.* 98. *n.* 1. Vultej. *Jurispr. Rum.* e. 29. *n.* 53. Moller. 1. *Semestr.* e. 23. *in pr.* qui tamen de jure Saxouico uegat, quo ipsu contrarium tenet Carpzov. *d. part.* 2. *Crim. qu.* 94. *n.* 50. 55. *et seqq.* Idem nostratibus videtur, qui idcirco Procuratori Genezali ad palinodism concludenti, non addicunt hoc postulatum, ut patuit insigni exemplo. *Hosselius Wingerus, Scriba Secretarius in Barradeel*, calumniatus erat D. Johannem a Sande, τὸν πάνυ Supremae Curiae Senaturem, quod in quodam conventu amicorum Quaestoris Boutsama, sui affinis Peculatus rei, conatus esset testem pecunia corrumpere non modica, decem millibus florenorum, quam enormem calumniam nullo modo probare poterat. Saudius ipse noluit agere, ne quid irascendo agnovisse videretur; sed Procurator Generalis Wringerum accussavit, postulavitque inter alia, ut solemuiter revoeare cogeretur: quod si unquam, maxime in ea causa fieri debuisset; sed judieatum est, ejus poenae exactionem ad officium Procuratoris Generalis non pertinere, sed a Sandiu ipso petendam fuisse. Reus ab officio, quod habebat, remotus est, nihil ultra, cum expensis. *d.* 14. *Febr.* 1637. Plane sicut palinodism a Jure Romano alienam esse constat, ita nesciu an in Foro nostro stabili unquam stylu recepta fuerit. Exempli nullius unquam memini; et meo tempore eum Stavoriensis civis infauda quaedam de virgine honesta sparsisset, an revocatiu valde urgeretur, decreta tamen non est; sed vetustiores Domini illam non esse in usu declarabant. Etsi verum est, eam in conclusionibus libellorum adhucdum semper adjici, more germanico *eerlyck en profytelyck: eerlyk mits doende revocatie ete.* quod ita quidem formulariis libellis inseritur, sed a Judicibus silentio semper omittitur, atque ita etiam hactenus jure civili stare videmur. Olim tamen revocationem decretam inveniu in causa matrimonisli, eum quis adfirmaret mulierem sponsalia secum contraxisse adhuo in ipsa lite, neque probare posset, in causa *Wolter Hendriks* contra *Pijter Cornelis.* 3. *Jul.* 1606. ut D. Saekma testatur; quod deinceps in similibus causis nunquam memini observatum.

7. Non aeque in eo jus civile sequimur, quod infamiam ex injuriae condemnatione oriri non eredimus, secus ac alii de suis moribus adhuc testantur, ut Carpzov. *d. Quaest.* 94. *n.* 86. *et seqq.* secundum claros juris textus, *l.* 1. *vers. injuriarum et l.* 4. *§. ult. de His qui not. inf. l.* 5. *§.* 9. *l.* 42. *de injur. l.* 18. *C. Ex quib. caus. inf.* Quamvis enim Sandius et Herbajus mater *alicubi* mentionem obiter faciant infamiae ex injuriarum actionibus, magis tamen id ex juris civilis sententia, quam usu forensi dictum videtur; quandoquidem res clara et indubitata est, injuriarum condemnatos, etsi non levium, et sine numero, nullis infamiae effectis haberi obnoxios, neu in dignitatibus obeundis, neo in testimoniis perhibeudis: nisi forte publica corporali poena fuerint adfecti; ne ipsum quidem *Istum* atrocissimae in Sandium injuriae convictum, et ab officio suo remotum, alias habitum vidimus infamem, sed nec dignitatibus quidem deinceps prohibitum cognovimus. Unde hoc? Dixerit aliquis. En quod nune semper lites per Procuratores administrantur: atque condemnatus in persona procuratoris, adversus quam sententia fertur, non fit infamis, jure civili. *l.* 6. *§.* 2. *l.* 14. *de His qui not. inf.* Sed primo id subtilitati juris potius, quam rei momento veritatique adscribendum: Et dein, longe aliam esse nostrorum in judicio Procuratorum, quam fuit apud Romanos, rationem, saepe demonstratum est. Illi fiebant domini litium. Aversus illos ut tales ferebatur sententia; Nostri procuratores publici, sunt ministri, non domini litium, contra quos adeo nec aliter sententia fertur, ut *ad tit. de Re judic.* probatum est. Et si haec ratio reos infamium causarum ab hac nota liberaret, ne quidem a Procuratore Generali de causis famosis accusati fierent infames, quatenus semper etiam tum causae per Procuratores aguntur. Quod si lis per mandatum privatum, quales jure Romano erant omnes litium Procuratores, qui hodie ipsi dant Procuratorem publicum, agatur, quia dominus causae tunc in lite non est, idem quod jure civili de infamia cautum est, eveniret. Existimo, infamiam ex injuriis apud nos in desuetudinem abiisse, primo inde, quod Statutis certae poenae singulis injuriarum speciebus sint impositae sine mentione infamiae, quo juri civili

* Operae pretium erit contulisse, quae III. Thomasius in *Observationibus variis Theoretico-Practicis, de Actione Injuriarum.* Dissertatione Halae 1715. edita, de Origine et Natura hujus Actionis §. 19. *seqq.* commentatur. Sublata autem haec ad Palinodiam actio, cum aliis injuriarum vindicandarum Remediis, *in dem erneuerten und geschaerften Mandat wider die Selbst. Rache*, A 1712. a Serenissimo Rege promulgato, §. 22. idoneum potius visum est, homines sub honoris tuendi specie ad injurias inserendas pronos, Palinodia, et deprecatione, ut poena minus honorifica, coercere. *v.* §. 3. *et* §. 8. *ej.* edicti.

derogatum videtur; deinde quod Infamia sit gravissima poena, per quam dignitati et vitae quasi commercio exempti homines, ad βίον ἀβίωτον, *vitam sine vita* rediguntur: ut merito *Doctores* famam vitae compaʀaverint, ex *l.* 9. *in pr. de manumiss. vind.* infamiaque non immerito cum morte conferri posse videatur; Injuriae autem accusationes cum sint frequentissimae, nequaquam Reipubl. expediat habere tot cives infamia notatos.

8. Extraordinaria injuriae Poena, varia ex causa et persona statui solet; humilioris loci homines fustibus subjiciuntur, caeteri exilio temporali vel interdicto certae rei coercentur, *l. ult. h. t.* ut ademptione decurionatus, *l.* 40. *h.* aut alterius officii publici, atque ita servatur. Exemplum adempti muneris publici, habuimus in eo, qui Sandium calumniatus erat. Fustigationis apud nos exemplum refert Sandius *l.* 3. *tit.* 8. *def.* 5. Statuta nostra certos casus extraordinariae poenae subjiciunt, si quis quaeve jactaverit stuprum, aut matrimonium infamandi causa cum alio aliave initum, *art.* 2. *d. tit.* qua de re Sandius in *d. defin.* 5. Qui realem verbalemve fecerit injuriam Proceribus Reipubl., Judicibus et Magistratibus, aeque extra ordinem punitur, *Vant lant*, habetur in *art.* 26. *d. tit.* id est Reipubl. totius, non municipiorum, aut praeturarum singularium, ut Curiae visum in praedicta *causa Dominici Hottinga* contra *Vyttama*, teste Nauta. Huc pertinet illud, in Anglia quod dicitur, Scandalum Magnatum. Denique ad hanc poenam extraordinariam referendum, quod de qualibet injuria Judex tantundem mulctae, ac unaquaeque injuria respectu privati actoris aestimatur, exigere potest. *art.* 29. *d. tit.* Sed ad poenam corporalem de injuriis admodum raro proceditur a Procuratore Generali. Ad mortem vero nunquam, etsi personis illustrissimis illata sit injuria Carpzov. *d. part.* 2. *Qu.* 94. *n.* 47. Reliqua ad *Inst.* (d) Denique, vulgo refertur huc actio ex *L. diffamari. C. de ingen. manum.* quae tamen ad omnia extenditur quae in praejudicium alicujus jactantur; qui enim tale quid facere arguitur, vocari solet, ut actionem instituat, vel perpetuum sileat. Quod genus actionis textu magis quam ratione, quam vide in *l.* 7. *pr. ff. h.* destituitur: Conf. supra de O. et A. *sub fin.*

TIT. XI.

DE EXTRAORDINARIIS CRIMINIBUS.

I. Quid sint Extraordinaria Crimina. II. Species eorum in hoc tit. III. Aliae species huc pertinentes, ut expositio infantis. IV. Perjurium. V. Impostores et magi. VI. Alia minora. VII. De blasphemia. De heresios crimine.

(a) Extraordinaria crimina sunt, de quibus agitur ad publicam animadversionem, sed absque ordine publicorum judiciorum, et sine poena certa, *l.* 1. *et t. t. h.* vocantur et privata, *l.* 1. *§. ult. de poen.* quia jus accusandi iis duntaxat competit, ad quos ea res pertinet *l.* 3. *h. l.* 2. *de Concuss. l.* 2. *de abig. l.* 3. *de Praevar.* Sed jure novo, praeter personas quibus dantur; discrimen eorum a publicis exiguum est, quoniam et ordo publicorum judiciorum desiit esse in usu, *l.* 8. *de publ. jud.* et poenae pleraeque sunt etiam extraordinariae. *l.* 13. *de poen. l.* 7. *§. ult. de leg. Jul. Repet.* Nam ut in extraordinariis variatur secundum merita circumstantiarum, adeo ut et capitalia fieri possint, *l.* 1. *in f. l.* 9. *in f. h. t.* ita in plerisque publicis id postea videbimus.

2. (b) Species in hoc tit. praecipuae sunt, Stuprum, in *l.* 1. *§. ult.* cujus poena ob insignes malitiae circumstantias mors esse potest. Sed de hoc agetur ad *tit. de Adulteriis*, et actum est ad *Inst. pag.* 482. Crimen abacti partus; cujus poena, * si foetus nondum animatus sit, est exilii temporalis, *l.* 4. *h.* si animatus, est mors, *l.* 7. *ad L. Corn. de Sic.* junct. *l.* 38. *§.* 5. *de Poen.* Qui chomata vel aggeres rumpit, is pro admissi mensura varie punitur, *l.* 10. *h.* quandoque flammis. *l. Unic. C. de Nil. agg. non rump.* Equidem hae sequentesque species tantum sunt extraordinariae. Privata vero delicta, quae superius habuimus, Furtum, Rapina, Injuria, pro arbitrio actorum civiliter, aut extra ordinem puniuntur, ut alias dictum.

(d) *Pos.* 5. (a) *Pos.* 1. *et* 2. (b) *Pos.* 3. 4. 5. *et* 6.

* *Const. El.* 4. *P.* 4. 5. *f.* matrem, imo et extraneos abortum procurantes, ultimo supplicio punire jubet, si partus fuerit vitalis, id est, uti dicta Constitutio explicat, post dimidium tempus gestationis Carpz. *ad d. C. d.* 1. 2. 7. si abortus non fuerit secutus, aut partus nondum vitalis, arbitraria, et quandoque etiam fustigationis poena locum habet *d. C. S. f.* Berger. *El. Jur. Crim. p.* 512.

3. (c) Sunt aliae species criminum extraordinariorum, quas breviter subjiciemus; *Expositio infantis.* * Si quis sobolem suam aliorum misericordiae, quam ipse non habeat, in publico exposuerit, extra ordinem in eum animadvertitur, *l.* 2. verb. *animadversioni C. de infant. expos. l. pen. C. de patr. pot.* nec in casu mortis poena fuit L. Corneliae de sicariis aut Pompejae de parricidiis, sed extraordinaria. *d. l.* 2. *et l. pen.* Moribus indistincte, opinor, poena capitalis est. Vide quae hac de re diximus *lib.* 2. *Digress. cap.* 5.

SCHOLIUM.

At non moribus nostris. Quomodo enim secundum hos distinguendum sit, vid. ap. Strauch. 29. 7.

RESPONSIO.

Eventu mortis infantilis secuto intellexi omnino quod dixi: tunc enim inter locum frequentatum ab hominibus, et solitarium distingui, non patitur argum. l. 4. C. de inf. exp. *Etsi paulo aliter Carpzov.* part. 2. crim. qu. 10. n. 6.

N. ADDIT.

Ut intelligatur vis hujus responsionis, apponendus est locus, ad quem provocavi in Scholio ex Strauchio Diss. 29. th. 7. *ubi Strauchius Lex Cornelia ultore ferro persequitur homicidas etc. qui infantem in loca inaccessa et solitaria abjiciunt, animo eum interficiendi. Eventu enim secuto, poena L. Corn. seu gladii locum habet,* Dn. Carpz. pr. crim. P. 1. qu. 10. 11. 5. Schultet. add. Col. decis. 158. *Quod si in loco celebri, sine animo occidendi exponatur; morte secuta, fustigationem dictant cum perpetua relegatione Dn. Scabin. Lips.* Dn. Carpz. ib. n. 11. *Sed quid si vivus et incolumis reperiatur,* Coler. decis. 158. *a Dnn. Wittenbergensibus fustigationem dictatam refert, anno* 1549. *Quod et* Dan. Moll. 4. semest. 45. n. 8. Berlich. 4. 7. 36. Theod. coll. crim. dis. 7. th. 6. lit. H. *et Dnn. Antecessoribus Lipsiens. videtur,* Finckelthaus obs. 86. n. 24. *Dissentiunt Jcti Scabini Lipsienses.* Dn. Carpz. pr. crim. P. 1. q. 10. n. 15. *Elector Sax. relegationis aut incarcerationis poenam dictat, sed ita, ut ad fustigationem usque pro circumstantiarum ratione perveniri queat. decis.* 78.

4. (d) Perjurium ordinarium crimen non est, sed extra ordinem arbitrio judicis vindicatur. Exempla sunt in *l.* 13. §. *ult. D. de jurej.* ubi pejerans fustibus castigatur; ** cum eloquio, προπετῶς μὴ ὄμνυε, *i. e. petulanter ne jurato.* In *l. ult. D. Stellion.* ubi stellionatus tenetur. In *l.* 41. *C. de Transact. et l. pen. C. de dignit,* ubi infamia cum damno pecuniaria notatur, de qua adhuc apud *tit. de fals.*

5. (e) Circulatores etiam, qui serpentes circumferunt, si cui ob eorum metum damnum datum est, extra ordinem coercentur. *l. ult. D. de extr. crim.* His Dd. recte adjungunt eos, qui alias quaslibet praestigias faciunt, si cui quid damni dederint. Sunt his proximi, qui leves hominum mentes superstitione numinis terrent, qui ex rescripto D. Marci in insulam relegantur, *l.* 30. *D. de poen.* Tales etiam, qui morbos curant per Evangelium Johannis, aliasque similes incantationes, qui cum ignominia relegantur apud nos. (1) Sand. 5. *tit.* 9. *def.* 13.

Sed vide l. 4. C. de Malef. et Mathem. *et Ant. Matth.* lib. 48. tit. 5. *c.* 5. n. 7. p. m. 506.

De noxiis et maleficis Incantatoribus et commercio daemoniaco, longi sunt logi, atrox justitis, per Germaniam inprimis, de qua prolixe Carpzov. *part.* 1. *crim Qu.* 49. *et seqq.* quam nobis improbare vel laudare non est animus, nec otium hic discutere. Nisi quod minime

(c) *Pos.* 5. *tit.* 22. *h. t.* (d) *Pos.* 6. *tit.* 22. *h. l.* (e) *Pos.* 7. 8. 9. *et* 10. *tit.* 22. *h. l.*

(1) *Durum est simplicem Evangelii S. Johannis lectionem incantationibus adaequare. Si superstitiosi quandoque ea lectione abutantur, hos abusus nec nostri ferunt.*

* Apud nos cum parentes liberos exposuerunt in loco dissito, dolo malo, et cum occidendi proposito, si mors infantis fuerit secuta, poena ordinaria, culei scilicet, *P.* 4. *C. El.* 3. Berger *l. c. p.* 111. obtinet, extranei poenam L. Corneliae sustinent. Si occidendi animus deficiat, ac expositio in loco publico facta sit, infans tamen nihilominus pereat, fustigatio, alias, ipso incolumi superstite, mitior poena obtinet. vid. *Dec. El.* 78. ibique Phil. *Obs.* 2. conf. Strauchium *Diss. Justin.* 29. *th.* 7.

** In Saxon. Electorali perjuro amputantur articuli priores digitorum, quibus erectis juravit, *die fördern Glieder der beyden finger, damit er geschworen,* cui poenae relegatio jungitur, secund. *Ord. Pol. de ann.* 1612. §. *ob auch. wohl zum dritten.* atque hac ratione etiam adversus eum, qui Urphedam violavit, proceditur, *P.* 4. *C. El.* 48. Quod si vero perjurus duos priores digitorum articulos amiserit, non fustigatio, ut Hartm. Pist. *Obs.* 138. *n.* 5. visum fuit, nec amputatio aliorum digitorum, secundum Coler. *P.* 1. *dec.* 114. *n.* 9. sed sola relegatio cum comminatione gravioris poenae locum habet. Carpz. *Pr. Cr. qu.* 47. *n.* 35. Berger. *El. Iur. Crim. p.* 24. Qui secunda vice, contra jusjurandum praestitum revertitur, fustigatur, et perpetuo relegatur, tertia vice capite plectitur. *d. C.* 48. *j. LR. l.* 3. *art.* 9. Lyncker. *Des.* 416. nisi circumstantiae hanc poenam mitigari desiderent, e. g. si, rei venditae pretium a debitore moroso exigendi causa, quis revertatur, quo casu mitiori poenae locum esse, existimavit *Fac. Jur. Lips. M. Mart. An.* 1700.

tutum credimus saevire, nisi in eos, qui maleficiorum in homines exitialium comperti fuerint, non recte in incubos daemonum, Volatores, super baculos hircosve per aerem equitantes, epulasque infernales frequentantes, aliaque id genus imaginaria; cujusmodi confessiones in Germania praesens audire memini. Quid si impietates actu commissas fateantur, ut unam intellexi narrantem in judicio, se panem vinumque Eucharisticum a mensa Domini abeuntem, ore custoditum domi expuisse et calcasse pedibus, diabolo praesente, ut quidem adfirmabat, ejusque nomen memorabat. Talia et id genus innumera extant, quae impune transmittenda esse nemo dixerit prudens, opinor, vix tamen ultra poenam atrocis *blasphemiae*, (1) ut videtur quod ipsum est crimen extraordinarium, et mox sequetur.

6. (f) Sunt et alia crimina extraordinaria, in quae digitum intendisse sufficiat. Si quis sollicitaverit alienas nuptias. *l.* 1. *pr. D. de extra. crim.* si conatus sit puero stuprum persuadere. *eadem l.* 1. §. *ult.* Si quis aquas, fistulas, lacus, quidve aliud ad injuriam publicam spurcaverit. *d. l.* 1. §. 1. Si quis rebus suis, vel sibi obligatis, vel debitis, quas alius possidet, titulum vel signum suum imposuerit, antequam per judicem evicerit. l. 1. *et* 2 *C. Ut nem. lic. sin. jud. auct. sign. Novell.* 17. *cap.* 15. *Nov.* 164. Si quis titulum Principis praedio alieno imposuerit. *l.* 2. *C. ut nem. priv. tit. praed.* Validi mendicantes, quorum numerus, rarescente servitutum usu, mirifice auctus est, etiam coercentur. *l un. C. de mendic. vol. Nov.* 80. *cap.* 5. Si quis coegerit ludere. *l.* 1. §. *ult. D. de Aleat.* Si quis domum aleatoribus praebuerit. *l.* 2. *C. eod.* Si carceri praepositus vel miles dimiserit custodiam. *l.* 8. *l.* 12. *et l. ult. D. de Cust. reor.*

7. (g) Si quis blasphemus fuerit, *Nov.* 77. ubi capite puniuntur. Moribus hodiernis poena est arbitraria, * A. Matth. *l.* 47. *Dig. tit.* 10. *n.* 6. Nostra statuta temere blasphemantes, jurantes, aliosque devoventes, pane et aqua per aliquot dies macerant. *lib.* 2. *tit.* 16. Nova vero lex prima vice statuit mulctam sex florenorum majorum, secunda vice pro arbitrio plectuntur: Edicto *d.* 10. *Aug.* 1667. Consulto blasphemantibus, lingua ferro perforatur *d. tit.* 16. Datur et medium genus inter consulto et temere blasphemantes, ut erat qui saepissime, sed maxime ebrius blasphemaverat, hoc modo: *non curo Deum, non moror Deum aut homines, et non timeo Deum nec Diabolum:* Quorum est haec consuetudo, neque pro temerariis, neque pro determinatis blasphemantibus haberi possunt. Ideoque poenam eorum mediam, inter mulctam pecuniae aliamve modicam et perforationem linguae, esse debere, consultus ex Omlandia Groningana, respondi *d.* 4. *Januar.* 1688. causa *Geert Jans Mannemaker.* (2)

8. Huc etiam pertinet Haeresis, quae sic finiatur; *Propria de rebus divinis, et pertinaciter propugnata sententia, fidei catholicae repugnans.* Propria; nam ipsius *haeresis*, nihil est aliud quam Electio pro rationis cujusque modulo facta; quando quis non contentus fide catholica, eligit sibi fidem peculiarem. *Pertinaciter propugnata:* Nam lex non punit animi sententias. *l.* 18. *de poen.* Repugnans *fidei catholicae.* Quid est catholica fides? *Universalis.* Hanc aliter Theologus, aliter Jurisconsultus accipit; et hic quidem, Receptam atque dominantem in Republ. intelligit, a qua discrepantes et prohibitas, vocat haereticas, si tamen ipsius animi judicium consentiat. De consensu autem Reipubl. constare debet ex Confessionibus et Conciliis auctoritate publica factis, quae in Imperio Rom. quatuor fuerunt, Nicaenum, Constantinopolitanum, Ephesinum, et Chalcedonense, quae dicuntur Oecumenica, quia Romani suum Imperium vocant *orbem terrarum.* Permissas, pro haereticis non habent religiones; Toleratae equidem haberi possunt, cessante poena. Quaenam autem est haereseos poena? Jure Civili, loca cultus publicantur. *l.* 2. *l.* 5. *et l.* 8. §. 3. *C. Haeret.* Improbiorum bona publicabantur, quos inter et Donatistae qui tamen schismatici potius quam haeretici fuerunt. *d. l.* Manichaei vero etiam exilio et ultimo supplicio subjiciuntur. *l.* 5. *in pr. C. eod.* Moribus Protestantium, in Haereticos nulla corporalis poena constituta est; tametsi in Anglia satis extent severae. Apud nos permittuntur aut tolerantur omnes, exceptis Pontificiis, quorum cultus lege

(f) *Pos.* 11. *et seqq. tit.* 22. *h. l.*

(g) *Pos.* 19. *tit.* 22. *h. l.*

(1) *Panis Eucharistici conculcationem cum atroci Blasphemia apud praetensos Reformatos comparari, non miror. Ast alio prorsus modo apud Catholicos judicandum esse, quis non videt? Longe enim gravius est Cristum Dominum sub speciebus Eucharisticis latentem conculcare, quam verbo blasphema et maledicere.*

(2) *Forte Auctor in circumstantiis de quibus interrogabatur recte respondit. Sed quis dicet generaliter statuendum, eos, qui ex consuetudine delinquunt, ordinaria poena eximendos esse?*

* Poena blasphemiae nostro jure est gladii, aut pro circumstantiis linguae amputationis. *P.* 4. *C. El.* 1. quam ultimam poenam tamen in Provinciis Saxonicis in desuetudinem abiisse. monuit Carpz. *def.* 3. *ad d. C.* unde *Dec. El.* 75. in ejus locum fustigationem substituit conf. Phil. *ad eand. Obs.* 1. add. *Ord. Pol. d. an.* 1612. §. *so lassen wir. Corp. Sax. p.* 551. De poena numellarum, *des Hals-Eisens oder Prangers*, quam d. Ordinatio iis, qui blasphemiam mediatam committunt, dictitat, *denen Sacramentirern.*, vid Berger. *El. Jur. Crim. p.* 126. *sq.* id. *ed Lauterb. p.* 866. *sqq.*

prohibetur, officio tamen Magistratuum et per conniventiam toleratur. Quaodo res ita fert ut secus videatur, Coetus eorum disjiciuntur, singuli mulctantur, inprimis Ssorifieuli; Imo quodam Edicto proscribuntur, hoc est, cuilibet impune licet eos interficere: sic aliquando in Frisia constitutum, sed nunquam exercitum, quod melius: mulctae saepius exactae. (1) Contra Socinianos et Enthusiastas tremulus, in hanc provinciam venientes atque docentes, est Edictum poena relegationis, aut arbitraria, non neque adversus indigenas. Factum est aliquando, ut Dd. Ordines ad Curiam miserint Socinianum confessum, cum elogio *blasphemi*, qui rogatus de sacrosancta Triade caeterisque Christianismi fundamentis, responderat, *in simplicitate cordis sui negative*, non est habitus pro blasphemo, et dimissus impunis ac indemnis. *d.* 18. *Dec.* 1680. Enimvero alioqui tales sententiae insolenter ac intemperanter prolatae, cum invectivis in sanctissima mysteria, pro blasphemiis, quarum poena jure civili et divino capitalis est, haberi possunt, neque non debent. Hoc est, quod Calvinus scripsisse alicubi de Serveti supplicio arguitur, cum mortem *sola modestia* redimere potuisse, non adversus Calvinum, ut calumnis vult, sed in modo confessionis, nec punitus fuisset, opinor, si, ut noster homo, cum praefatione, in *simplicitate cordis sui* respondisset. (2) Quanquam ille rigor Genevensis non omnibus est laudatus, etsi mansuetissimo Melanchthoni in illo exemplo probetus. Nec poenituit Genevenses, qui dein per similem sententiam *Nicolaum Antonium* summo supplicio affecerunt, eo quod *impugnasset SS. Trinitatem, renegasset Dominum Jesum, eumque devovisset, et Judaicam perfidiam amplexus esset*, ut verba sunt sententiae, *d.* 26. *Apr.* 1632. referentibus Sponio et Leti.

Subjiciam verba Antonii Matthaei, qui de omnibus, excepto sola haeresi, criminibus egit. *De haeresi*, inquit, *nihil adjicio; Tametsi enim Pontificiorum moribus gravissimum crimen est, multaque in inquirendo et vindicando singularia observantur, tamen cum, libertate armis parta, horribilis illa Inquisitio a nostris provinciis exulet, religionemque orthodoxam docendam, non imperandam credimus, enarratio crudelis judicii supervacua futura est.* (3)

TIT. XII.

DE SEPULCHRO VIOLATO.

(a) Qui sepulchrum dolo malo violavit, * tenetur in 200. aureos, *l.* 3. *in f. pr. h.* poena actori cedente, quia non liquet enim eum fiscen dividi, ut fit alias, *l.* 25. §. *ult. de SCt. Syll.* qui vero cadavera spoliaet, maxime armati, etiam capite plectuntur. *l.* 3. §. 7. *h.*

Est et actio in id quod interest, *l.* 3. *pr. et* §. 8. *h. tit. l.* 9. *add. et l.* 11. *h.* ubi poena in eos qui cadaver extraxerunt vel ossa eruerunt.

Violasse autem videtur, qui diruit, *l.* 2. *h. t.* qui terram evellit, saxa vel quid aliud aufert, *l.* 4. *et l.* 5. *C. eod.* qui inhabitat, (sic enim erant sepulchra potiora veterum) inaedificat, *l.* 3. *pr. et* §. *pen. D. eod.* qui cadavera vexat spoliatve, *ead. l.* 3. *et l. ult. D. eod. l.* 4.

(a) *Pos.* 1. 2. *et* 3.

(1) *Ergo in Frisia melioris conditionis sunt Sociniani, quam ii qui avitam religionem sequuntur: nam Sacerdotes nostros impune illic interficere licitum, non Socinianorum ministros. Laudo quod Socinianorum ministros impune non liceat occidere, sed Sacerdotum nostrorum impunitam esse caedem, non nisi odium religionis dictare potest.*

(2) *Ad Calvini delationem Servetum carceri fuisse mancipatum, tradit Theodorus Beza, testis hac in re minime suspectus, in vita Calvini, qui addit, eum ex omnium Helveticarum Ecclesiarum sententia fuisse damnatum: Non est itaque calumniatum, si Calvinum, ut praecipuum mortis Serveti auctorem et instigatorem traducamus, maxime, si reflectamus, rigorem hunc Genevensem a Calvino non tantum laudatum et approbatum, sed et speciali libello*, de Haereticis a Magistratu puniendis, *defensum fuisse.*

(3) *De Inquisitione multa exaggerate praedicari, non dubito. Si verum sit ea tribunalia in modo procedendi exorbitare, haec defendere non est animus. Caeterum, cum ex principiis Calvini et Bezae magistratibus competat jus puniendi haereticos, quidni et idem Principibus Catholicis competeret? Adeoque, licet verum sit religionem orthodoxam docendam non imperandam esse, culpandos tamen non esse Principes, qui eo jure utendum putant, Calvinus ipse abunde docuit.*

* In Saxonia Electorali violatores sepulchrorum puniuntur gladio, si effossa et spoliata cadavera non sepeliant, aut saepius effodiant et spolient, fustigatione, si spoliem simplex sit: quae poena etiam ad eos pertinet, qui cadavera puerorum subtrahunt, iisque ad artes Magicas abutuntur, *P.* 4. *C. El.* 34. aut iis vestes detrahunt et furantur. *d. C.* arbitraria e. g. carceris vel pecuniaria coercitio locum habet, si quis sepulturae causa, corpore defunctorum rotae vel patibulo subducat, eandemque dictatam fuisse caligas suspensi auferenti, refert Carpzov. *pr. Crim. qu.* 83. *n.* 62.

in fin. *C. eod.* *l.* 38. *D. de Relig.* qui mortuum infert in sepulchrum, in quod inferendi jus non habet, *d. l.* 3. §. *si quis* 3. *h.* at qui prohibet aliquem inferri, quo jus inferendi est, *arg. l. ult. C. h. et d. l.* 38. *D. de Relig.* de cenotaphio non datur. *arg. l.* 7. *D. de rer. div.* ut *l.* 42. *D. de relig.* et *sumt. fun.*

TIT. XIII.

DE CONCUSSIONE.

(a) Concussio est, cum quis terrere potestatis suae abutitur ad pecuniam extorquendam, *l.* 1. *et l.* 2. *h.* adde rem vendendam, ut quidam Magistratus hominem improbatae religionis, ad agrum sibi vendendum, minis inquirendi vexandique adigebat. Quid si pecuniam, ut contra leges conniveant, acceperint; Repetundarum magis teneri videntur, ut *infra*; Nisi cum minis expressis tacitisve jusserint exhiberi nummos heic et nunc. Id habitum memini pro concussione, et est. Idem cum quis simulato magistratuum jussu aliquid extorserit, *l.* 1. *D. h. tit.* quod etiam de nuntio vel apparitore tradit Damhoud. *prax. crim. cap.* 29. *rubr. du concuss. n.* 5. de procuratore fisci, Farin. *quaest.* 141. *n.* 39. *et seqq.*

2. (b) Poena est extraordinaria, *l.* 1. *h.* etiam quadrupli, *l. ult. C. ad L. Jul. repet.* aliquando et publici judicii. *l.* 1. *pr. et* §. 1. *ad L. Corn. de fals.*

TIT. XIV.

DE ABIGEIS.

I. Qui sint Abigei, et poenam non esse capitalem.

(a) Abigei sunt, qui pecudes de stabulo furandi animo abducunt, nempe equum vel bovem; nam oves oportet decem, porcos quinque esse. *l.* 3. *h. t.*

(b) Nec exigimus ut eodem temporis momento abegerit, etiam qui saepius abegit, licet semper unum vel alterum pecus, abigeus tamen est. *d. l.* 3. §. *pen. h.* Caeterum, si quis boves aberrantes, vel equos in solitudine relictos abegerit, non est abigeus, sed fur potius. *l.* 1. §. 1. *D. h. tit.*

(c) Poena est vel relegationis, vel operis publici, vel metalli, aut gladii. *l.* 1. *pr.* §. 2. *et* 3. *h.* Gladius olim fuit ludus gladiatorius, sed jure novo, sublatis illis ludis, *l. un. C. de gladiat.* poenam gladii intelligi vult Sand. 5. *decis.* 9. 9. et sic Curia definivit. Aliter Cujac. 13. *obs. c.* 13. cui libens adsenserim, nec enim est ratio, ut Justinianus alium Hadriani verbis sensum affinxerit, quam ipse sibi fuit conscius, alioqui clarius sanxisset. Proinde poenam capitali mitiorem esse oporteat.

Quanquam etiamsi in exquisitis illis, ob delicti frequentiam, exemplis Sandii, poena capitalis Abigeis irrogata fuerit, atque ita disputet, quasi poena capitalis heic omnino recepta sit in Frisia, minime tamen illud crimen semper capitali supplicio adficitur. Saepius enim abigei fustigati et relegati sunt, quandoque et stigmate inusti, aliquando simpliciter relegati, cujus lenitatis haec sunt exempla, quae excerpsi ex annotatione MS. *Antonii Kan*, Procuratoris Frisiae Generalis. *Hans Koermaker Leuvardiensis d.* 10. *Septemb.* 1625. *Gerben Douwes ex pago Lioessen*; *d.* 28. *Septemb.* 1627. *Dirk Janssen Rijpensis*, *d.* 27. *Octobr.* 1628. *Harmens Arumensis d.* 6. *Nov.* 1628. Omnes relegati, et ultimus ad biennium dumtaxat.

TIT. XV.

DE PRAEVARICATIONE.

(a) Praevaricator a varicando dictus, *l.* 1. *pr. h.* is est, qui adversam partem, prodita causa sui clientis, adjuvat. *l.* 1. *h.*

(b) Judicium autem praevaricationis duplex est, publicum, et extraordinarium. Publicum in accusatorem, qui judicio publico non ex

(a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 2. (a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 2. (c) *Pos.* 3. (a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 2.

soimo egit; exqua causs esdem poena adficitor, qua tcoeretor, si ipse io legem commisisset, qua reus, per prsevaricatiooem sbsolutus est. *l. pen. D. h. tit.*

(c) Extraordioarium in eundem, si jodicio privsto praevaricatus sit: item in advoestum, sive is publico, sive privsto judicio prsevaricatos sit. *l.* 1. §. 1. *et l.* 3. §. 2. *D. h. t.*

(d) Advocatus eqoidem hoc facieos, proprie oon praevaricatur; tamen extra ordinem puoitur. *d. l.* 1. §. 1. *et l.* 8. *de Extraord. crim.* Denique omnis praevaricetio poena afficitur exstraordiosris. *l.* 2. *h.*

TIT. XVI.

DE RECEPTATORIBUS.

I. Poena Receptatorum. II. An et in privatis delictis habcat locum.

(a) Receptalor est, qui maleficis facultatem se oceoitsndi prsestat, et praecipitur, ut perinde ac ipsi latrones puuistor. Quod limitaodum videtur, si consilia cum illis sociaverit; alioqui mitios. *l.* 1. *C. de his qui latr.* Cognati quoque lenius habeotur. *l.* 2. *h.* Reete etiam ab Interpp. treditor, eaupooem, qui sobitsrio hospitio latrones recepit, *excosari*: neque enim eligit sibi viatores, nee repellere potest iter sgeotes. *l. un. in fin. D. furt adv. caup. Naut.*

2. (b) Qui privatorum delietorum reos receperit, an teoeatur, quaeritur. Negat Weseob. *in par. h.* non reete: de fure enim recepto, id disertis verbis scribitor *in l.* 13. *D. de Off. praes* Io privatis autem et mioorıbus delietis relegandı videotur receptatores, per *l. ult. ff. de Abig.* aut mitius, ut est faetom.

SCHOLIUM.

Conf Hahn. ad d. l. Wesenb. *Caeterum, vapulat miser Wesenbecius. ut saepe alias, ita et hic sine causn. Dicit enim, non quod receptatores furum vel similium haudquaquam teucantur, sed quod poena receptatorum, quae* in l. 1. h. t. *exponitur, locum uon habeat in privatis delictis, in quo certe consentit cum Auctore.*

RESPONSIO.

Verba Wcseubecii; In privstis delictis, puta volneribus illatis, injoriis, cessat ea, scilicet poeua receptalorum, ut memini, *addit*, aliquando judicatom *Thesis est generalis de privatis delictis: excmplum, de vulneribus per injuriam illatis, quod illustrat non coercet regulam. Quin nec vulneris per injuriam illati auctor, qui requiritur, judici exhibendus, (alias receptatio non habet intellectum) a receptatoribus occultari potest: Quem enim jus est requirere latentem, hunc recipere et occultare non est jus.* arg. l. 1. de Fugitiv. *Non sunt igitur justae Wesembecii hac parte vindiciae; Etsi graviter peccatum esse, vel talia non cuilibet excidere quandoque, negandum non est. Quod autem vapulando miserum dicit Wesenbaecium, (adde sis Treutlerum) Scholiastes, respicit ad crebras commentatorum ejus Bachovii, Hahnii etc. Censuras ac cavillationes. Decora ingenia potius ipsa commentari. quam alia recensere, supplere et exagitare debent.*

N. ADDIT.

I.) Auctor plane nihil respondet ad objectionem Scholii, quin potius adducendo locum Wesenbecii, confirmat Scholium, quod scilicet non loquatur de omni, sed de poena ordinaria receptatorum. II. Gratiae agendae Autori, quod in ipsa hac responsione suppeditet aliud medium defendendi Wesenbecium. Scilicet Wesenbecius non agit de omnibus privatis delictis, sed saltem de iis, quorum facit mentionem, quod ostendit verbum puta, *quae hic est vox limitantis, non exemplificantis, ut Auctor vult. III. Etsi Wesenbecius de omnibus delictis, etiam de furto locutus fuisset, non tamen propterea culpandus foret. Nondum enim auctor probavit, quod de fure recepto id diserte asseratur in* l. 13. de off. praesid. *quod eorum receptator poena receptatorum puniri debet. Ista enim sunt legis verba:* Praeses sacrilegos, latrones, plagiarios, fures conquirere debet, et prout quisque deliquerit, in eum soimadvertere, receptatoresque eorum coercere, sine quibus *latro* diutios latere noo potest. *Vides hic ex contextu, intelligi fures, qui simul latrones sunt, non fures omnes, quatenus pertinent ad delicta privata: item per receptatores eorum, non intelligi* furum, *sed ut mox explicatur,* latronom. *ut adeo inter hanc legem et* l. 1. h. t. *plane sit convenientia. IV. Quod miserum vocaverim Wesenbecium, et saepius sine causa vapulantem, nec ad Hahnium pertinet, nec ad Bachovium, sed ad Auctorem Errorum Wesenbecianorum, tum satis notum.*

(c) *Pos.* 3. (d *Pos.* 4. (a) *Pos.* 1. et 2. (b) *Pos.* 3.

TIT. XVII.

DE FURIBUS BALNEARIIS.

(a) Inbalneis publieis, ubl vestes laväntium deponuntur, magna erat facilitas et eopia furti, quod merito extra ordinem puniendum; neu tamen ultra opus publicum temporarium, *l.* 1. *h.* pro elementia juris Romsni. *l.* 1. Hodie corporaliter, aliquände quam caeteri gravius puniuntur. His edaequandi, vel forte severius habendi, qui linteamina e campis publiois, ub lota eandeseunt, surripuerunt. Balneriis furibus aequiparantur, quod ad poenam attiect, Nocturni. *l.* 1. *h.*

TIT. XVIII.

DE EFFRACTORIBUS ET EXPILATORIBUS.

I. Poena effractorum carceris. II. Alia moribus hodiernis. III. De effractoribus rapinae causa. IV. Quid expilatores, et poena eorum. V. De Directariis et Apertulariis.

(a) Qui carcere effracte evaserunt, eapite puniuntur, licet innoccutes sint, *l.* 1. *pr. h.* junet. *l.* 13. *de Cust. reor.* qui per negligentiam eustodum evaserunt, levius puniuntur. *d. l.* 1. *in f. pr.* Haeo sunt perspieue in *dd.* textibus, additis *l.* 38. §. *pen. de Poen. et l.* 13. §. *pen. de R. milit.* eum quibus, si quis velit, conferre potest quod Thomasius notavit.

Scolium.

Auctor igitur l. 1. pr. bie *tanquam propositionem universalem considerat, et* l. 13. C. de Cust. reor. *secundum eam explicat. Alii contra* d. l. 13. *tanquam regulam considerant, et ex ea* d. l. 1. limitant, *ut iis saltem casibus procedat, si quis ob delictum capitale, vel prope capitale, carceri inclusus sit, ut tamen et hoc ultimo casu arbitrio judicis sit locus. Vid. Dn. Schilt.* Ex. 49. th. 43. *ubi et praejudicium. Rursus aliter exponit textus, de poena effractorum carceris loquentes, Ant. Matth.* lib. 47. ff. tit. ult. eap. 4. p. 257. seqq. *inclinans tamen* p. 259. n. 3. *ad eandem sententiam, quod poena non semper sit capitalis. Mihi videtur, poenam horum in Rep. Romana pro diversitate temporum variasse,* arg. p. l. 13. et d. l. 1.

2. Moribus extraordinaria poenà est, minime capitalis, ob hoc ipsum quod eruperiat; etenim libertatis amor, quem homo novissimum exuit; *et* miserabile studium redimendi sanguinem suum, tam acerbe non merentur excipi, ut quidem videtur. Neo aliud mores nostri ferunt: qui nec probare videntur, quod jure civili custodes earceris, quorum non modo negligentia, sed etiam fraude, rei criminum evaserunt, mitius puniuntur, quam miseri, ac etiam innocentea rei. Namque negligentia custodum sola remotione, fraus et corruptio extra ordinem judicis officio punitur. *l.* 8. *de Custod. reor.* Quin etiam qui eum eo, quem custodiebat, erupit, is adhuc eapite punitur. *d. l.* 38. § *pen. de Poen.* Aliquando equidem miles custos ob fraudem capite punitur, sed arbitrarie; quandoque et eustodi venia datur; reus, qui una fugit, ee quod fugit, dueitur ad supplicium, *l. ult.* §. 2. *de Custod. et exhib. reor.* Haeo neque servantur, neque rationem habeat, ut mihi quidem videtur: praepositumque careeri sive custodem, gravius quam *custodiam*, id est reum vineulis constrictum, pecoare existimaverim.

3. (b) Sunt adhuc effractores alio sensu, qui parietibus effrsetis vel perforatis, pecunias auferunt, qui relegantur, vel in opus publieum dantur, l. 1. §. *ult. h.* aliquando *et* gravius, non tameo sd mortem, *l. ult. h. t.* quod longe aliter moribus hodiernis. Cum eoim hi non fures, sed raptores sint, et plerumque nocturni, capite puniuntur etiam illio, ubi furti rapinaeque poena minime eapitalis est, quod *et* apud nos saepius obtinuit, maxime si frequentes essent effrsctiones. Sed novissimis temporibus magis placuit poena juris eivilis, * ut noeturni effractores fustibus caesi in metallum dentur, id est in opus publieum longi temporis, addita stigmatis iausti nota, ad aequsndam *metalli* poenam, quae perpetus est, et opere publioo nostrate gravior.

(s) *Pos.* 1. *et* 2. (a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 4.

* Omnino Effractionis poena est non capitalis et arbitraria, si stupri, adulterii, aliusve rei illicitae causa facta est, sed in furto effractio violenta et seditiosa crimen aggravat. *Ord. Crim. Carol. art.* 159.

4. (c) Expilatores, de quibus in Rubrica, sunt atrociores fures, hoc enim vox sonat, ut docet Ulpianus in *l.* 1. §. 1. *h.* οἱ τοὺς ἀνθρώπους ἐκδύοντες *qui homines exuunt*, βιαίως, *violenter.* Cujac. 15. *obs.* 31. Vox deducitur a pilo, quod est *conplano*; Graece πιλῶ, *constipo*, sive quod ejusmodi fures quidquid est in *superficie* tollunt et planum faciunt, ut nihil extet; sive quod tam confertim furentur et episse, ut res ablatas, quo expeditius auferant, *constipent.* Poena merito gravior extra ordinem infligitur, analogice respectu poenae quam Romani, et quam Gentes hodiernae, furibus et raptoribus infligunt.

5. (d) Inter fures extraordinarios heic relatos, sunt etiam Directarii, qui se in aliena coenacula furendi animo dirigunt; quibus affines sunt apertularii, confectores cardinum, quibus nihil tam obseratum, occlusum, obsignatum, quod non aperiant. *l.* 7. *de extr. crim.*

TIT. XIX.

EXPILATAE HAEREDITATIS.

(a) Expilatae haereditatis crimine tenetur is, qui res haereditatis jacentis, h. e. nondum aditae, vel aditae quidem, sed necdum possessae, surripit, quoniam furtum hoc non est. *l.* 1. *et l.* 2. *h.* Uxor tamen, quia socia est, *l.* 1. *rer. amot. et l.* 5. *h.* et cohaeres, hoc judicio non tenentur. *l.* 1. *C. de crim. expil. haered. et l.* 51. *p. Soc.* Poenae quibus coercitum fuerit hoc crimen, in jure expressae non sunt, cum autem crimen sit extraordinarium, non dubitandum, quin corporalis poena infligi reo possit. Gomes. *tom.* 3. *resol.* 5. *n.* 16.

TIT. XX.

STELLIONATUS.

(a) Stellionatus, ita dictus a stellione versutissimo lacerti genere, Cujac. *t. h.* est omne delictum, quod nomine proprio caret, *l.* 3. §. 1. *h.* ubi et species diversae, quas inter, si quis rem alii oppignoratam doloso vendiderit. Atqui in *l.* 66. *de Furt.* haec species furtum appellatur.

N. Addit.

Ad declarandum N. Addit. supra ad tit. de pignoribus. *adjectam*, *notandum*, *quod Auctor textus Pauli et Ulpiani obstantes alio modo conciliare voluerit. Sic enim sunt verba posit.* 1. *et* 2.

I. *Stellionatus ita dictus a stellione versutissimo lacerti genere, Cujac.* h. *est omne delictum, quod nomine proprio caret,* l. 3. §. 1. h. *ubi et species diversae, quas inter, si quis rem alii appignoratam dalose vendiderit,* (a) *quod si hypotheca sit, videtur esse furtum.* l. 66. de furt.

(a) Vel oppignoraverit, *dd. text.* et ad hanc extensionem spectat *positio* 4.

2. *Ita conciliavimus hos textus, aliam secuti viam* ad t. de pignor. (*b*) ἀλλ' οὐκ ἐνιόχως. *Nam* d. l. 66. *diserte etiam de hypotheca loquitur.*

(*a*) Imo non, sed ibi auctor ipse haesitavit, an furtum, an stellionatum diceret. Vide *quae ibid.* notavimus *n.* 7. *lit. g.*

Postea pergit: Quid si ita? *Et responsionem, quae nunc hic sequitur tradit, de qua jam supra* ad tit. de Pignoribus *notavimus, quod antinomiam non tollat, ut etiam tum in Scholio nunc omisso, sed jam noviter addito, feceram.*

Quid ita? Pignore, quod traditum est, vendito, sine dubio furtum admittitur, § 10. *Inst. de Obl. ex del.* etiam hypotheca speciali vendito, ut Paulus et Julianus *d. l.* 66. at hic plus dubii est, quia possessio non eripitur: Ideo Ulpianus in *l.* 3. §. 1. *h.* stellionatum advocat, † non secus ac in civilibus actio quandoque datur, sed dubitationis tollendae causa ad praescriptis verbis actionem recurritur. Vid. *l.* 1. *Commod. in fin. pr.* juncta *l.* 17. *pr. Praescr. verb.*

N. Addit.

† *Scholium omissum hoc est*: *Adeoque a Paulo dissentit, non secus ac in civilibus actionibus Jcti de actione praescriptis verbis, e contractu nominato descendente, saepius dissentiunt.*

Intelligitur autem specialis Pignoratio; generalis enim ad neutrum crimen pertinet. *l.* 34. *pr. de pign. et hyp.*

2. (b) Reliquae stellionatus species sunt: Si quis rem alienam pignori dederit, *l.* 16. §. 1.

(c) *Pos.* 2. (d) *Pos.* 3. (a) *Pos.* 1. *et* 2. (a) *Pos.* 1. 2. *et* 3. (b) *Pos.* 4. 5. 6. 7. 8. *et* 9.

D. pign. act. et l. 2. *C. h. tit.* aut aes pro sorte dederit. *l.* 36. *pr. D. de pign. act.* Si quis merces supposuerit, vel obligatas averterit, vel corroperit. *l.* 3. §. 1. *et ult. D. h. tit.* Si quis imposturam fecerit, vel collosionem in necem alterius. *ead. l.* 3. §. 1. Si creditor pecuniam a se non oomeratam acceperit, vel nomeratam iterum, e senteotia licet, exegerit. *l.* 29. §. 5. *Mandat* Poena opus metalli excedere debet in plebeiis; in his aotem, qui sont io aliqoo honore positi, ad tempos relegatio, vel ab ordine motio remittenda est. *d. l.* 3. §. 2. *D. h. tit.* Famosom sit an secus hoc judicium, vidimus ad *tit. de His, qui not. infam. n.* 3.

Scholium.

Vide supra quae dixi de his, qoi not. infam. posit. 15. *Putat tamen Wissenbach.* ad d. tit. de infam. th. 23. *nondum quenquam Ulpianum, harum legum auctorem, contradictione liberasse. Et sane fatendum, etiam Auctoris conciliationi obstare, non quidem censuram Wissenb.* d. l. *ad quam facile responderi potest, sed quod utrobique textus Ulpianei verba reliqua monstrent, locutionem ejus indefinitam aequipollere universali, non particulari. Quid si dicamus,* in d. l. 2. *Ulpianum voce judicii famosi synonymice usum esse pro judicio publico, ut sensus sit; Stellionatus judicium non esse publicum, sed coercitionem extraordinariam habere. Ita nulla amplius erit antinomia. Et sensus certe est optimus, et ratio acceptionis non obscura. Nam famosa crimina sunt, vel publica, vel extraordinaria. Publica eminenter sunt famosa, quia omnia extraordinaria secundario*, vid. supra de his qui not. inf. posit. 13. *Jam terminus analogus simpliciter positus, sumendus pro analogato nobilissimo.*

Responsio.

Thomasii exceptio est, quod Ulpianus in hac l. 2. *universaliter negative loquatur, cum responsio nostra supponat negationem particularem in hac positione* Stellionatus judicium famosum quidem non est; *in casu, quo judicium civile super eodem facto non est famosum, ut nos interpretamur, cum verba sint indefinita, ideoque universalia. haec, inquam, ratio speciem haberet, si constaret, Ulpianum in loco integro, unde* Lex. 2. *excerpta fuit, non esse locutum de tali casu, quo factum stellionatus parit actionem civilem non famosam, ut in commodato, pignore, similive contractu: secus ac obtineret, si stellionatus circa materiam Depositi, Mandati, Tutelae, Societatis sit commissus. Cum autem locus* d. l. 2. *ex alio majore sit exceptus, conjectare licet, eum in isto loco sic esse locutum, ut ne secum ipse, cumque certis juris principiis pugnare videatur. Responsionis medium, quod Thomasius, suppeditat, a notissima proprietate verborum nimis recedit procul.*

N. Addit.

I. Judicet lector de responsione Auctoris, qua salvare voluit suam conciliationem. Ego dixi, non verosimile est, Ulpianum in istis legibus respexisse diversos casus, quia utrobique generaliter et indefinite loquitur. Contra Auctor, praesumendum prius esse, ne Ulpianus sibi ipsi contradicat. II. Responsio ad meam conciliationem, nihil dicit ad regulam de significatu termini analogi, quam ursi in scholio. Deinde notum est; quod Jctl in doctrina interpretationis eam regulam commendent: A proprietate verborum recedi debere, si per significatum improprium evitetur obsurditas, (qualis hic est contradictio Ulpiani) vel iniquitas. Adde, quod ita secundum me exposita lege, planior fiat sensus legis, quia publicum et extraordinarium sibi propius opponuntur, quam famosum et extraordinarium.

TIT. XXI.

DE TERMINO MOTO.

(a) Hoc crimine tenetur, qoi terminos finiom causa positos propulerit, avulserit: item qui finium obscurandorum causa faciem locorum converterit. *l.* 2. *et l.* 3. *D. h. tit.* Modus poenae, ex conditione personae et mente facientia statuitur; alii relegantur, alii ad opus damnantur; sunt qui verberibus rem decidunt; sunt qui capite luunt. *d. l.* 2. *et l.* 3. §. 1. *h.* Concurrit com accusatione extraordinaria, actio popularis ex lege agraria Caji Caesaris, qua reus in terminos singulos, quos ejecerit, locove moverit, quinquaginta aureos in publico dare jubetur. *d. l.* 3. *h.* Ita conciliamus *l.* 1. cum *l.* 3. *h.*

(a) *Por.* 1. 2. *et* 3.

TIT. XXII.

DE COLLEGIIS ET CORPORIBUS ILLICITIS.

(a) Heic puniuntur, qui collegium vel quodcunque corpus fecerint, celebraverint, non ex Scti vel Caesaris auctoritate; etiamsi honestus praetexatur titulus, veluti speciei religionis, aut voti solvendi. *l.* 1. §. 1. *et l.* 3. §. 1. *D. de Colleg. et corp. l.* 2. *de Extr. crim. l.* 15. *C. de Episc. et cler.* Licita fuere collegia pontificum, armentariorum, publicanorum, pistorum, navicolariorum, fabricensium, Judaeorum. *l.* 2. §. 6. *de Orig. jur. l.* 6. *pr. D. edend. l.* 1. *D. Quod. cuj. univ. nom. l.* 2. *C. de Jud. Tit. C. de fabricens.* Alia fere omnia prohibita. Prohibendi autem ratio partim factionum metus; partim comessationum et compotationum intemperantia; quod malum non ita pridem in Academiis quoque viguit; atque in nostra optimo publico abolitum est, anno 1668. mense Junio, delegatis ad eam rem solemniter Nobilissimis Amplissimisque Viris ex Collegio Ordinum Novemvirali, D. WILHELMO *van* HAREN, D. TARQUINIO BOELENS. Ex suprema Curia, D. THEODORO a SCHELTINGA, et JOHANNE BOURICIO. Una cum Magnificis Dd. Curatoribus Academiae, qui tunc erant D. HERO *van* OCKINGA, SUFFRIDUS ABINGA ab HUMALDA, THEODORUS BAERDT et ALLARDUS PETRUS a JONGESTAL; cum D. ANTONIO KANN, Procuratore Generali; Rectore Academiae JOACHIMO FRENCELIO Medico, quorum omnium Primus hoc tempore ingenti communis Patriae bono solus est superstes, quod ut diu sit, plurimum interest Reipubl. et Academiae, cujus etiamnum Curator est, idque ut in multos annos sit, merito appreçamur. Detur venia rem notabilem heic ab oblivione vindicanti.

Collegiis illicitis poena arbitraria infligitur: aliquando praeter dissolutionem collegii nil gravius patiuntur, *l.* 3. *pr. D. de Coll. et corp.* aliquando tenentur ea poena, qua tenentur, qui hominibus armatis loca publica occuparunt, *l.* 2. *D eod.* si nimirum seditiosum sit collegium.

TIT. XXIII.

DE POPULARIBUS ACTIONIBUS.

(a) Popularis actio est, quae jus suum populo tuetur, et datur quidem cuilibet ex populo ad agendum capaci: sic tamen, ut is cujus maxime interest praeferatur, *l.* 3. §. 1. *h.* et Praetor eligat ex pluribus digniorem. *l.* 2. *h.* Procurator in his judiciis ab actore non potest, a reo potest dari. *l.* 5. *h.* Ratio est, quia procurator tantum ab eo cujus interest datur; actoris autem in his propria nunquam, rei semper interest. *l.* 42. *de Procur.* Est et hoc singulare, quod in his judiciis neque fidejussor neque arbiter datur. *l.* 56. §. *ult. de Fidej. l.* 32. §. 7. *de Recept. qui arb. recep.*

(a) *Pos.* 1. 2. 3. *et* 4. (a) *Pos.* 1. 2. 3. *et* 4.

LIB. XLVIII. TIT. I.

DE PUBLICIS JUDICIIS.

I. Quid Publica delicta, remissive, et noviter. II. Differentia a privatis olim hodieque.

(a) Hanc rubricam ad Institutiones *ultimo loco* habuimus, uodo quae de natura illorum dicta sunt, intelligi possunt. Justinianus *ibi* cur publica dicantur, banc rationem reddit, *quod cuivis ex populo executio eorum plerumque datur.* Quibus verbis etymologia potius, quam exacta definitio tradi videtur, cum popularibus actionibus, quae publica judicia non sunt, eadem perfecto conveniat: Nisi hoc incommodum tollere possis, si pro *executio*, substituas *accusatio*, quae vox opponitur *actioni*, qualis est *popularis*. Criminibus publicis accusatio sola convenit. *arg. rubr. tit. sequ. et pr. Inst. de publ. jud.* Tu dices, nonne et *executio* parem sensum babet, aut quid ea voa apud Caesarem vult? Non utique significat ibi effectum et implementum sententiae, quam executionem vocamus, sed ipsam equidem accusationem, ut *executio criminum, in l.* 1. §. 1. *de Incend. ruin. naufr.* Executio *publica, in l.* 7. §. 1. *de Injur.* Attamen et latius patet *executio.* Nam privatorum quoque criminum *executio* dicitur, ut *furti executio*, id est actio, *l.* 1. §. 1. *de Privat. del* ne dicam *exequi sermonem*, apud veteres passim. Sit igitur haec definitio: Publica judicia sunt, quorum accusatio cuilibet ex populo *plerumque* datur. *d.* §. 1. *I. h. t.* Additur autem plerumque, vel quia multi prohibentur accusare, de quibus *in tit. sequ.* vel quia crimen adulterii novissime tantum quinque personis datur *l.* 30. *C. ad L Jul. de Adult.* et crimen suppositi partus, non datur aliis quam propinquis. *l.* 30. §. 1. *ad L. Corn. de Fals.*

2 (b) Quomodo autem e privatis delictis publica differant, *ad pr. d. tit. Inst.* vidimus, et rursus *ad tit. de Extraordin crimin.* attigimus. Habuerunt, inquam, olim publica Judicia legem certam, formulam, ordinemque et poenam certam. *l.* 3. §. 2. *Stellion. l.* 3. §. *ult. de Praevar. l.* 131. §. 1. *de V. S.* Sed primum ordo obsolevit, durante aliquandiu legum poena. *l.* 8. *de publ. jud.* Vetusti ordinis rationem exponit Brissonius 2. *Select. antiqu. c.* I. Dein et poenae legum exoleverunt, vindicanturque crimina omnia extra ordinem arbitrio judicis, modo durius, modo remissius. *l.* 1. §. *ult. l.* 13. *D. de poen.* Illud tamen peculiare est, quod publica crimina infamant omnia: extraordinaria non omnia *l.* 7. *D. de Publ. jud.* Ipsa vero differentia, quam exprimit definitio, quod accusatio cuilibet e populo datur, nunquam jure civili desiit obtinere. Moribus hodiernis, in plerisque locis Procuratores Fisci criminales accusationes instituunt, ut videbimus *ad fin. tit. seq.* atque illa jus Reipubl. dicitur exequi, ut hoc sensu omnia judicia criminalia recte *publica* vocentur. Alio sensu tamen distinctionem inter publica privataque delicta, suum adhuc usum habere posse, docuimus *ad h. tit. Inst. num.* 1. *in fin.*

TIT. II.

DE ACCUSATIONIBUS ET INSCRIPTIONIBUS.

I. Quid accusatio et Inscriptio. II. Qui accusare prohibeantur. III. De poena talionis. IV. Non posse crimen publicum per modum exceptionis opponi. V. Quid moribus.

(a) Cuilibet igitur e populo cum accusare permissum fuerit, videndum, quid sit Accusatio; Nihil est aliud, quam *Rei criminis apud judicem persecutio, publicae vindictae causa.* Jungitur ei inscriptio, quae est declaratio Accusatoris, qua profitetur, quem, cujus criminis accuset, cujusmodi libelli formulam habemus in *l.* 3. *h. t. Consul et dies; Apud illum Praetorem vel Proconsulem, Lucius Titius professus est se Maeviam lege Julia ab adulteriis ream deferre: quod dicat, eam cum Gajo Sejo, in civitate illa, domo*

(a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 2. 3. *et* 4. (a) *Pos.* 1.

illius, mense illo, Consulibus illis, adulterium commisisse. Unde patet, diei aut horae adjectionem non esse necessariam, cum in illis oblivio sit facilis. Hisce libellis delatores subscribebant, aut alii pro ipsis, *d. l.* 3. §. 2. *et l.* 7. *in pr. h.* ideoque subscriptiones vocantur, pari passu ut inscriptiones. *l. ult. de privat. del. l. ult. de Furt. l.* 24. *ad L. Cornel. de Fals.*

2. (b) Accusare possunt qui non prohibentur. Vetantur autem generaliter mulieres, pupilli, milites, magistratus, infames, qui duorum contra diversos criminum sunt delatores, et qui pecuniam accusandi causa acceperunt, *l.* 8. *h.* qui falsum testimonium dixere, *l.* 9. et qui minus 50. aureis habent in bonis, *l.* 10. *h.* denique servi *l.* 53. *de Jud.* et graviorum criminum rei. *l.* 13. *C. de his, qui acc. non poss.* Plerique tamen eorum admittuntur, si suam suorumque injuriam. persequuntur, *l.* 2. §. 1. *l.* 4. *et l.* 11. *h. t.* item in crimine majestatis. *l.* 7. *et* 8. *ad L. Jul. majest.* Praeterea specialiter prohibentur liberi accusare parentes, *l.* 5. *C. ad L. Corn. de Fals.* liberti patronos, *l.* 8. *in f. h.* et consanguinei in crimine atroci, secus in levioribus. *l.* 13. *et l.* 18. *C. de his, qui accus. non poss.* Accusatus reconvenire non potest; nisi atrocius, vel idem crimen habeat opponendum, *l.* 1. *C. de his, qui acc. non poss.* qua de re diximus ad *tit. Quib. ex caus. ad eund. jud.* ad verba QUA REUS. Qui autem ab uno est delatus, ab alio deferri non potest ob idem crimen, *l.* 11. §. *ult. h. et l.* 9. *C. eod.* si diverse sint delicta, manen quidem diversae delationes, sed une post alteram exercetur. *l.* 2. §. *ult. de Cust. reor.*

3. (c) Qui subscribit in crimen, obligatus est ad poenam talionis, si calumniae convictus fuerit. *l.* 2. *C. de Exhib. et transmitt. reis. l.* 3. *C. de His, qui accus. non poss. l. ult. C. de Accus. l.* 2. §. *pen. ad L. Jul. de adult.* Hactenus excusatur tamen a subscriptione maritus, jure viri uxorem adulterii accusans. *l.* 30. *C. ad L. Jul. adul.* Mulier suam suorumve injuriam persequens, *l.* 12. *C. Qui accus; non poss.* qui parentum vel liberorum necem ulciscuntur. *arg. l.* 2. *l.* 4. *et l. ult. de Publ. jud.* nec non inquisitores, aut nunciatores criminum. *l.* 7. *C. h. l.* 6. *de cust. reor.* Neminem tamen manifestam calumniam ferre impunitam, ratio, et vigor disciplinae jubet.

4. Caeterum, ex eo, quod Accusatio requirit inscriptionem in crimen, aut officium Procuratoris Fisci, recte colligitur, atrox aliquod et publicae vindictae crimen, non posse per modum exceptionis, aut incidentis litigii tractari, ut judicatum refert Robertus 1. *rer. judic.* 14. in hac specie; Mulier petebat ab haerede mariti dotem et dotalitium; Haeres opponebat adulterium, et parricidii in maritum conscientiam, eoque argumento pecuniae repetitionem negabat: sed judicatum est, non licere per modum exceptionis, aut civiliter, tam atrocia crimina proponere, causam mulieris agente Moroscio. *d.* 9. *Maji* 1585.

(d) 5. Moribus hodiernis, privati non accusant, sed Fisci Procurator, utique alii non solent; non prohibentur tamen legibus, et si velint privati, nec videntur excludendi, maxime si Fisci Procurator nolit, ut fit, aut non possit. A. Matth. *ad lib.* 48. *ff. tit.* 20. *Cap.* 2. *n.* 2. Sed de usu hodierno, ad *tit. seq.* distinctius et pressius agendum.

TIT. III.

DE CUSTODIA ET EXHIBITIONE REORUM.

I. Quid si nullus sit Accusator; judicem ex officio inquirere in crimina. II. Quid juris; si reus non includatur. III. Quis ordo procedendi, si reus includatur. IV. An tum litis contestatio, interlocutio, et caetera judiciorum ordinaria fiant. V. Summa differentia judicii criminalis, et quid alibi sit processus inquisitorius. VI. De carcere singularia quaedam.

Quod si nullus fuerit Accusator, Reipubl. tamen utilitas non patitur ut crimina relinquantur impunita. Leviora quidem sine accusatore facilius transmittuntur. *l.* 38. §. 7. *ad L. Jul. de adult. l.* 6. §. 2. *de Muner. et honor.* Sed latrones, sacrilegos, plagiarios, fures, omnesque maleficos, Praesides conquirere, et prout quisque deliquerit, animadvertere debent. *l.* 13. *in pr. de Off. Praes. l.* 4. §. 2. *ad L. Jul. pecul.* Ideo debent habere homines, qui referant ad eos, quid in urbe provinciave agatur. *l.* 1. §. *Quies.* 12. *de Off. Praes. urb.* Tum vel ipsi illos comprehendi jubere debent, vel scribere ad Magistratus, ubi fectores

(b) *Pos.* 2. 3. 4. 5. *et* 6. (c) *Pos.* 7. *et* 8. (d) *Pos.* 9.

egere dicuntur, et desiderare, ut cum prosecutoribus ad se remittantur. Solemnia quidem accusationis tum usum non habent. *l.* 7. *h. t.* *l.* 7. *C. de Accusat.* Sed tamen causae cognitione exacta opus est *d. l.* 7. *C.*

2. (a) Primo quidem, an Reus in carcerem sit recipiendus, vel liberiori custodiae tradendus, an fidejussoribus sit committendus, aut etiam sibi, sub hypotheca bonorum suorum *l.* 1. *et* *l.* 3. *h. t.* Quod si crimen et persona sit ejus generis, ut non dubitetur, quin e vinculis causa dicenda sit, statim comprehendi jubetur. *d. l.* 1. *et* 3. *h. t.* Si crimen sit ejusmodi, ut poena sit infra relegationem, Reus simpliciter in jus vocari potest, et mittere procuratorem. *l.* 1. *D. An per al. caus. appel.* Quod si justa dubitandi ratio sit, Reus citatur ut ipse veniat; et prima tum quaestio est, an carceri sit includendus, quod eum judicem perpendere oporteat, *d. l.* 1. *h.* causae cognitione saltem opus est extraordinaria. Si placuerit eum dimitti, fit hoc cum stipulatione judicio sisti, sub poena confessi et convicti, firmata satisdatione, pro tali summa, quae judici par commisso visa fuerit: Fidejussor autem elapso tempore quo sistere eum debuit, sex mensium habet spatium, ut reum sistat, antequam ad solvendam mulctam teneatur; aut si nullum tempus sit adjectum, postquam desideratus fuerit; nisi defendere eum malit, si causa per Procuratores agi possit, quod tamen non permittitur post elapsos sex menses, ad reum conquirendum indultos. *l.* 26. *C. de Fidejussor.* Cum autem promissio sistendi reum indefinita sit, fidejussor non liberatur, nisi, quoties requisitus fuerit, eum exhibeat, *d. l.* 26. *in pr.* non tamen post appellationem. *arg.* *l. pen. Judicatum solvi.*

Scholium.

Sed vereor a Cautione judicatum solvi, de qua loquuntur textus citati, ad cautionem, judicio sisti, hic argumentum procedere.

Responsio.

Lex pen. *de cautione judicatum solvi loquitur, sed* lex 26. *de judicio sistendi causa diserte. Argumentum autem, quod ex* l. pen. *ducitur, evidens est: Nam si judicatum solvi, quod ad rem spectat, fidejussio non extenditur ultra primam instantiam, qua tamen de re ad* tit. jud. solvi. *egimus: certe judicio sisti, quod semper sit apud certum judicem, ad diversi judicis auditorium nullo modo extendi potest.*

N. Annit.

Jam consentio. Et potest adeo Scholium omitti.

(a) *Pos.* 1. *et* 2. (b) *Pos.* 8. *et* 9.

Fit etiam aliquando, ut media inter carcerem et satisdationem via servetur; qualis erat libera custodia in aedibus Magistratuum, et custodia militaris, quando Rei militibus alligati in aedibus suis servabantur, ut Paulo Apostolo accidit *Actor ult. cap.* (b) Sic etiam hodie, quando crimen est dubii eventus, incerto vulneris statu, Rei notabiliores domi suae, quandoque missa manu militari custodiuntur, sed ad breve; donec aut sub cautione dimittantur, aut in arctiora vincula conjiciantur, ut saepius usu venit.

3. Verum quoties ex continenti reus carceri includitur, jure civili datur laxamentum XXX. dierum ad moestos penates componendos, *l.* 2. *C. de exh. et transm. reis.* quod moribus hodiernis nusquam servatur; Etsi quidem ab Irenarchis veniant, quorum vicem apud nos hac parte Magistratus inferiores exhibent, Praeses sive superior judex, qui de crimine cognoscendi facultatem habet, elogium examinat, quo Irenarchae reos prosequi debent, cum interrogationibus rei et testium, *l.* 6. *h. t.* ut tamen haec tantum praeparatoria sint; Rei ex integro audiendi, et *inquisitio*, *ἀνάκρισις*, instituenda. *l.* 6. Qua gratia, prius quam examinati fuerint, nemo ad illos admittitur, ne consilio instruantur. Si contingat eos crimina fateri, sine ulteriore judicii ordine sententia fertur; Nam et hac parte valet regula, confessos omnino damnandos. *l.* 3. *de Confessis.* Si vero negent, quis ordo tum sit observandus, ubi per *inquisitionem* sine accusatore proceditur, non est in jure definitum, quod sciam. In Rescripto divi Pii, quod extat in *d. l.* 6. *h. t.* habetur, Praesidem debere venire jubere *τὸν Irenarchen, ut is quod scripserit exequatur*; sed hoc fit in eum finem, ut siquidem Irenarchae fideliter et diligenter fecerint, collaudentur, si parum prudenter, adnotetur simpliciter, *Irenarchen minus retulisse*; Si quid maligne fecerit, *vindicatur in exemplum. d. l.* 6. Sed Irenarchen, aut Fisci procuratorem, accusatoris partibus fungi, et solito judiciorum ordine procedi ab illis, non invenio in jure nostro.

4. Vir tamen juris prudentissimus Antonius Matthaeus *ad h. tit. cap.* 1. *n.* 3. scribit de processu Inquisitionis hoc modo: *Sane* quae ad substantiam judiciorum pertinent, ea non minus in inquisitione atque accusatione observanda sunt, cujusmodi est litis contestatio, quae narratione actoris et contradictione Rei constat, replicatio, duplicatio etc. Probationes, legitimae Dilationes, Renunciationes, Conclusiones, Sententia. Nec absurdum videri debet, nos litis contestationem exigere; non enim tam judex, quam Procurator litem cum reo contestatur.

Haetenus D. Matthaeus, tanquam ex sententia juris Romani In quibus ego quidem nihil quam textus auctoritatem desidero; Nam quos ipse praemittit, ex quibus ea dicta colligit, nihil ejusmodi loquuatur. Hoc scio, nihil in illis verbis, nisi quod dignum est jurisprudentia Romana contineri, et quod in nostro Foro, juris Civilis convenientia inprimis gaudente, non exacte serve tur. Quid enim aequius, quam reis criminum non praecidi disceptationem, qualis pecuniae reis nunquam denegatur? sed quando Procurator Fisei adversus inficiantem reum quidquid potuit prodoxit, si *res* ad tormenta venire debeat, hac gratia fit interlocutio, qua de re *ad tit. de Quaestion.* et tunc res iterum a via Judicii ordinaria, ad inquisitionem officii deducitur, donec in sententiam desinat. Quando igitur Accusator e populo nullus est, tum res incipit ab *inquisitione*, et in casu confessionis, eodem modo terminatur. Cum inficiante proceditur ordinaria juris via; donec res ad tormenta pervenerit, quo casu rursus ad meram inquisitionem delabimur. Haec sit juris civilis sententia, ut est sine dubio, expressa imago nostrae praxeos criminalis; et quidem usiese: Nam accusatores e populo, etsi nulla lege prohibeantur, in tritura fori tamen penitus ignorantur. In hoc etiam consentimus Romanis, quod solus Praeses provinciae, id est suprema Curia, merum imperium et criminum cognitionem exercet, hoc uno discrimine, quod jam notavimus, Irenarcharum officium, quod olim fuit, a Judicibus inferioribus eorumque ministris exerceri, ut nostris Statutis *lib.* 2. *tit.* 3. *seqq.* cautum est.

5. Res igitur huc redit, ut jure civili moribusque nostris, distinguendum sit inter Accusationem, quae fit reo in vinculis, aut extra vincula constituto: Quando est in vinculis, initium fit ab inquisitione, ut si confiteatur, aut appareat innocens, statim procedatur ad condemnationem, vel ad absolutionem. Contra negantem, non audiuntur aut exhibentur testes, vel tormenta decernuntur, sed fit litis contestatio inter Procuratorem Fisei et Reum, solitaque judicii forma servetur, quae adversus reum carceri non inclusum usioe se inde ab initio exercetur. Sed moribus aliarum gentium *Processus inquisitorius* vocatur, quando adversus reum summarie proceditur, examinatione secundum articulos facti institute, testibus etiam reo coram auditis, denique tormentis, si res ferat, applicitis, usque dum sententia feratur: eique opponitur Processus ordinarius, in quo per Fisci procuratorem, aut alicubi per privatos accusatores, fit postulatio, Rei contradictio, replicatio, duplicatio, probatio, reprobatio, et caetera judicii consueta. Nec raro fit, ut postquam Reus diu per inquisitionem excussus et male habitus est, adhuc in ordinario processu recipiatur, quod a jure civili, dixerim et ratione, nihil est alienus. Agit hac de re prolixe Carpzovius *pract. Crim. Qu.* 107.

6. (c) Porro quod ad carcerem attinet, notandum est, eos, qui disparis sunt sexus, simul includendos non esse. *l.* 3. *C. hic.*

(d) Officium ejus qui carceri praeponitur, est, in commentarium referre eos, qui in carcerem conjiciuntur, (unde Commentariensis dictus) et judici singulis mensibus eos ingerere. *l. ult. C. hic.*

(e) Praepositus carceris et alii custodes, sive milites sint, sive pagani, ob custodiam amissam, (id est personas custoditas. *l.* 8. *l.* 10. *l.* 12. et *l. ult. hic*) pro modo culpae puniuntur, *d. l.* 8. *d. l.* 12. *et l. ult. hic* et ex constitutionibus eadem poena, (quod ob culpam sane durum, neque servatur) qua is qui aufugit puniri debeat, afficiuntur. *l.* 4. *C. hic.*

(f) Qui non reos, sed jam convictos damnatosque emittunt, et vindictae publicae suffurantur, merito, cum majestatis rei sint, gravius puniuntur. *l.* 3. *et l.* 4. *ad L. Jul. Majest.*

(g) Magistratus inferiores etiam mulctantur, si temere et sine causa custodias dimittant. *l.* 10. *hic.* Si injuste quem custodiae tradant, * aut cognita innocentia captivum diutius detineant, ad interesse et injuriarum nomine tenentur, *arg. l.* 32. *de Injur.* idque apud eos, ubi Magistratus hac parte Curiae Supremae subjecti sunt, frequenter usu venit.

(c) *Pos.* 3. (d) *Pos.* 4. (e) *Pos* 5. (f) *Pos.* 6. (g) *Pos.* 7.

* Jure nostro injuste incarcerati, pro singulis diebus et noctibus multam 30. solidorum, sive 40. grossorum, petere possunt. *Land.-R. l.* 2. *art.* 34. Carpz. *Pr. Cr. qu.* 3. *n.* 71. *sq.* Id. *l.* 6. *Resp.* 95. ad quam solvendam pars quoque, quae injuste incarcerationem petit, obstringitur. Carpz. *d. R. n.* 15. Colcr. *dec* 164. atque ita resp. *Fac. Jur. Lips. Mens. Mart. A.* 1703. Actio autem, qua haec multa petitur, cum ex moribus descendat, non annalis est, sed perpetua, ceu pronunc. *Supr. Cur. prov. Lips. An.* 1704. *Term. Cruc.* conf. Rauchb. *P.* 1. *qu.* 38. *n.* 27.

T I T. IV.

AD LEGEM JULIAM MAJESTATIS.

I. Remissio, et summae rerum. II. Querelae de pravo regimine civitatis, an ad hoc caput pertineant. III. De crimine Majestatis analogice dicto IV. Quatenus sola scientia puniatur. V. Poena perduellionis. VI. Majestatis in specie. VII. Quaestiones quaedam ad l. Quisquis. C. h. t. *VIII. Moribus numquid secus.*

Hoc crimen et ejus poenam, cum Majestatis in specie, tum Perduellionis, quorum hoc est primi, illud secundi capitis Legis Juliae, *l. 2. in fin. h.* apud *Inst. tit. de Publ. judiciis n.* 3. *et* 4. declaravimus: quorum haec est summa, oonoullis adjectis. (a) Majestas proprie est amplitudo et digoitas, a magnitudine sio diota, unde Magistratibus, ut Consoli, a Cicerone *orat. in Pis.* et Praetori *in l. pen. de Just. et jur.* tribuitur. Per excellentiam vero de summis potestatibus ea vox potissimum usurpatur, adeoque jam obtinuit, ut pro ipsa potestate summa promiscue accipiatur.

Igitur hujus criminis tenetur, qui dolo malo laesit summam potestatem cui subjectus est; nam qui non est subditus, hostis dumtaxat fit. *l.* 1. §. 1. *h.* Enim vero non interesse quae sit forma Reipub., notissima Politices fundamenta docent.

Potest dioi, crimeo hoc esse proprium, vel improprium. Illud, quod committitur contra summum Principem; et modo generis nomen retinet, modo in specie Perduellio dicitur. §. 3. *Inst. de publ. jud. l. ult. h. t.*

Perduellio, inquam, est, cum quis hostili animo contra salutem Principis, vel Reipublicae, aliquid molitur. *d. l. ult.* Dixi *ad tit. Inst. ult. n.* 4.

Majestatis io specie crimeo variis modis fit; uti statuas et imagines Principis violando, *l.* 6. *et l.* 7. §. *ult. h. t.* vectigalia nova absque ejus authoritate imponendo, *l.* 10. *de Public. et Vect.* monetam adulterinam cudendo. *l.* 2. *C. de fals. monet.* Si quis confessum in judicio reum, ac propter hoc in vincula conjectum, emiserit. *l.* 4. *D. h. tit.* Si quis sciens falsum scripserit vel recitaverit tabulis publicis. *l.* 2. *D. h. tit.* Si quis privatum carcerem habuerit. *l.* 1. *C. de priv. carcer.* Si Magistratus provincialis, accepto successore, ante quinquagesimum diem non excesserit provincia. *l. un. C. Ut omn. jud. tam civ. quam milit.*

2. Quaesitum est, an Querela de prava civitatis administratione, referri possit ad crimen laesae Majestatis, saltem in specie dictae; quod ita visum Ordinibus Frisiae, cum bino ante decennium nonnulli cives querelam ejusmodi ad Ordines Generales detulissent, Edicto *d.* 14. *Februar.* 1678. a Curia tamen Suprema, postulante Procuratore generali, re judicata non est firmatum. Querela quidem in genere, petitioque reformationis non potest huc referri, sed est jus civium supplicare in eum finem: ut recte judicatum in Anglia nuper, cum Reges novissimi petitiones sibi oblatas, hujus pene criminis nota insignitas velle visi fuissent. In nostra Republica ejusmodi petitiones vocantur *Doleantien.*, *Querelae dolentium* Reipubl. causa, cujusmodi plures olim fuere, quarum una insignis, principe Philippo Austriaco II. anno 1554. de qua plures egregiae Constitutiones emanarunt, quarum specimina videre licet in *lib.* 3. *Statut. tit.* 2. *art.* 4. 14. 15. 19. 22. 25. 52. 56. *Tit.* 3. *et alibi.* Dicendum tamen est, fieri posse, ut ejusmodi Querelae ab hoc crimine non sint alienae. Primo, si fiant ad exteras Potestates; quia cum jus Supremae provocationis sit jus Majestatis, si quis ad exteros querelas et petitiones reformatorias deferat, jus Majestatis, cui ipse subjectus est, manifesto laedit: etsi forsitan ad amicos et foederatos fiat, quomodo in praedicto casu majestatis rei declarati sunt, qui preces suas ad Ordines Generales Belgicarum Provinciarum detulerant, etsi de talibus negotiis, quorum primo constituendorum Ordines Generales arbitri, atque, ut ajunt, mediatores fuerant. Quanto foederis arctitudo magis ad speciem unitatis imperii accedit, tanto metus et periculum, ne sub praetextu foederis amicitiaeque pars aliqua imperii invadatur, propius existimatur. Praeterea, si praetextu Querelae seditio et res novae a factiosis hominibus quaerantur, quod saepius usu venire docet experientia, non est dubium, quin haec res non modo ad Majestatis in specie dictum crimen, sed etiam ad perduellionem attinere possit. Egimus hac de re latius in *Jurispr. Hod. part.* 2. *lib.* 3. c. 16.

3. (b) Addendum et hoc ad hujus criminis differentiam, quod sit perduellionis vel majestatis tam proprie quam analogice dictae, ut *superius* indicatum est. Majestatem analogice

(a) *Pos.* 1. 2. 3. 4. *et* 5. (b) *Pos.* 6.

dictam intelligimus eorum, qui Superiorem quidem agnoscunt, sed regalia et conformatam per se habent Rempublicam, at subordinatam, cujusmodi creduntur esse principes et Liberae civitates Germaniae, quibus *Superioritas*, non Majestas adscribitur. Quanquam, si quod res est, loquendum sit, illa *superioritas* Principum Germaniae, si ab effectis recte argumentamur, quod in civilibus infallibile, nihil est aliud quam *Summa* Potestas; haec autem Majestas vocatur. At quia solus Imperator hac voce per excellentiam utitur, qui nec Regibus extra Imperium illud adscribit, Principes summam potestatem suam alio nomine circumdant, invidiaeque subducunt. Sed nominibus sepositis, nihil erraverit, qui Legem Juliam, seu crimen *supra* definitum, quando aliquis laesit summam potestatem, cui subjectus est, etiam Germaniae Principibus directe et proprie convenire dicat. Forte magis appositum Majestatis analogice dictae exemplum est in Societatibus Indicis, quae jura summae potestatis in ditionibus sibi subjectis accipiunt ab Ordinibus Belgicarum Provinciarum: quae sub alio sole exercent. Heic, utpote domi, sunt privati, omnique jure privatorum utuntur; sed in ditionibus suis omnia jura Principatus exercent, dependenter ab Ordinibus, a quibus illorum acta possunt infirmari. Si quis hostilia contra eos in locis sui privilegii committat, an hic Majestatis teneatur; Belgicorum Jurisconsultorum sententiis, superioribus annis agitatum est, in causa Koeymanni cujusdam; qui adversus Societatem Indiae Occidentalis, cui serviebat, hostilia machinatus erat in Africa cum duce barbarorum, cui nomen *Jan Claessen* a nostratibus erat inditum. Publicatae sunt typis sententiae, quarum aliae Majestatis, respectu Ordinum, aliae tantum atrocis injuriae crimen admissum statuebant. Verius fuit, esse crimen hujus loci, analogice sumptum; eademque analogia puniendum, quod etiam secuti sunt Judices Amstelodamenses, homine condemnato in gravem mulctam et ad opus publicum longi temporis. Caeterum, adversus Magistratus, etsi non habeant summam potestatem, si tamen summam Reipubl. administrant, verum crimen Majestatis committitur, *l.* 1. §. 1. *h. t. l.* 5. *C. h.* ideo quia Princeps aut populus liber, per latus eorum impetitur, utique si publico respectu impetantur, idque Statutis nostris insertum. *l.* 3. *tit.* 5.

4. (c) Cum autem lex Julia dolum malum requirat, *d. l.* 1. §. 1. *h. t.* non est rationis, ut sola scientia silentiumque poena adficiatur ordinaria, quod tamen Caesares in *l.* 5. *et l.* 6. *C. h. t de consciis* statuunt. Multi equidem conscios illic non simplicis scientiae silentiique reos, sed homines perduellium consiliis immixtos illigatosque intelligunt: cum alioqui sola scientia in gravioribus delictis mitius extra ordinem puniatur. *l.* 2. *D. Ad L. Pomp. de Parricid.* juncta *l.* 6. *eod.* Sed Arcadius et Honorius in *d. l.* 5. tam rigide sanciunt, etiam contra liberos, et contra eos qui cogitaverint tantum, ut dubitari non possit, quin solam conscientiam ordinaria poena coerceri voluerint, quem rigorem universae fere praxis Europae servat; exemplis ubique existentibus, ut tamen ad perduellionem dumtaxat illud, non ad Majestatis in specie commissa pertineat, quemadmodum nostra statuta, *si qui seditiones excitent contra Summam potestatem aut ejus Rectores, vita bonisque mulctabuntur. Eadem poena locum habente, si quis eam rem cognoverit et conscius sit, neque detexerit et significarit. lib.* 2. *tit.* 15. Nec tamen idea non sentiunt docti et indocti, rectius consulere Principes ordinesque Rerumpubl. si extra ordinem mitius in tales consulant, ut Richelio Cardinali nec ἐφήμεροι *viventes*, neque posteritas ignoverit, quod Franciscum *Thuanum*, quicum foedus, quod Regis frater aliique proceres cum Hispano Rege fecerant, communicatum fuerat, etsi improbasset, quia tamen non detexerat, summo jusserit inclementer adfici supplicio. Res nota est, et plura id genus alia passim. *

5. (d) Poena perduellionis, olim fuit aquae et ignis interdictio, Paul. 5. *sent. c.* 29. dein capitis, *l.* 3. *h. t.* ut gladio feriantur, bonis omnibus fisco addictis, *l.* 5. *C. h. t.* quod Paulus honestioribus adscribit, humiliores ait bestiis objectos, aut vivos fuisse exustos; Filiis reorum, vitam Imperiali lenitate se concedere, testantur Honorius et Arcadius, etsi paterno perire deberent supplicio, ut ipsis videtur; sed excludunt eos ab omni successione, tam legitima quam testamentaria, infamia aeterna notantur: ut ad nullos honores, ad nulla sacramenta perveniant: denique tales sint, ut *perpetua egestate sordentibus mors solatium, et vita supplicium sit. d. l.* 5. §. 1. *h.* Filiabus quarta bonorum maternorum dumtaxat relicta. §. 3. Emancipationibus, dotibus, donationibus a perduellibus factis non valentibus. §. 4. Impunitate promissa reis, si incognita adhuc consilia detexeriet,

(c) *Pos.* 7. (d) *Pos.* 9. *et* 8.

* In Belgio etiam, quod verecunde tacet Huberus, Groenefeldius, Johannis Oldenbarneveldii, sanctae sed infelicis memoriae senis filius, quod hostilem animum Fratris Stautenburgii, quo in Reipublicae Belgicae Principem Mauritium animatus fuerat, tacuisset, capite plexus est. De Jure puniendi silentium in hoc crimine, confer. ttl. Gundlingium in *singularibus ad L. Majestatis*, capite maxime IV.

praemio quoque addito, si quis in ordine initae factionis id occupaverit. §. *ult.* Denique, si quis pro perduellibus aut eorum liberis deprecari tentaverit, is infamia notetur. §. 2. Hic rigor, quantum quidem ad liberos attinet, hodie merito non servatur, etsi post se relinquat quarundam gentium antiquarum, ut Macedonum et Persarum leges, quae perduellium liberos eorumque cognatos omnes supplicio addixisse leguntur, quod et ipsis Romanis aliquando servatum, uti a Tiberio in Sejano apud Tacitum *lib.* 5. a Severo in Cleandro, idemque in Albino *apud Lamprid. et Capitolin.* Quin Ciceronis ea vox scribentis *ad Brutum*; id omnium civitatum esse commune, ut parentum scelera liberi luant, *quo liberorum charitas amiciores Reipubl. parentes reddat*, quod tamen ibi de publicatione bonorum, quae parentum fuerunt, et quae non est poena liberorum, nisi per consequentiam, intelligit.

6. (e) Haec scil. in perduellione: Majestatis in specie crimen, morte simpliciter adficitur, *l. ult. h. t.* et improprium arbitrariae poena, pro meritis circumstantiarum plectitur. Corvin. *h. t. in fin.* Quandoque relegatione, vel etiam pecunia, ut Ordines Frisiae *dolentibus* contra et circa Remp. imposuerunt, in relato *superius* Edicto.

7. (f) Sed quod modo de liberis perduellium dictum est, quaer. Nepotes an filiorum appellatione in hac L. contineantur; Videntur non contineri. Ratio est: in odiosis filiorum appellatione nepotes non comprehenduntur; eadem ratione nec ad adoptivos, nec ad naturales filios praedictam constitutionem pertinere dicimus. Illud non dubito, pertinere eam aeque ad filios ante commissum crimen natos, atque eos, qui post commissum crimen nascuntur; etiamne ad emancipatos? Videtur; adde D. Wissenbach. *h. t.*

Cum liberi damnatorum priventur jure faciendi testamenti; quaeri potest, utrum haereditates eorum fisco vindicentur, an vero legitimis haeredibus ab intestato deferantur? Benignius est, ut legitimis dicamus. A. Matth. *de crim disp.* 3.

Sunt et alia in exercendis Majestatis judiciis singulari jure constituta: Ut quod famosi, qui jus accusandi non habent, et mulieres, et milites, qui alienas causas defendere non possunt, et servi quoque deferentes audiuntur, et quidem dominos suos, et liberti patronos. *l. 7. et l.* 8. *D. h. t.* Quod dignitas nulla in his quaestionibus a tormentis excipitur, *l.* 5. *C. h. tit.* cum alias digniores non facile torqueantur. *l.* 8. *et l.* 16. *C, de Quaest.*

8. Haec a moribus hodiernis aliena non sunt nisi quod liberi poena parentum, ut diximus, non involvuntur, nisi per consequentiam publicationis bonorum, et per ademptionem insignium privilegiorumque natalium, quibus et posteri aeque privari intelliguntur, quo ita viribus ac honoribus illis subductis Reipubl. minus periculi ab illis immineat. Quo respectu Cicero legem Corneliam, de Proscriptorum liberis ab honoribus excludendis, defendit, etsi Plutarchus *in vita* Syllae, iniquitatis eam partem legis accuset maxime. Quid igitur ad haec; *Filii quoque cognatique omnes, etiam innoxii, supplicio tradebantur, ne quisquam aut ad imitandum facinus, aut ad mortem ulciscendam, ex tam nefaria domo superesset*, ut Justinus *lib.* 21. quod ad superiora referendum. Plura Carpzovius *part. Crim.* 1. *Quaest.* 41.

TIT. V.

AD LEGEM JULIAM DE ADULTERIIS COERCENDIS.

I. Adulterium nonnisi in nupta committi. II. Remotis Carpzovii rationibus. III. Poena adulterii jure civili. IV. Quid moribus. V. Lenocinii poena. VI. An et in sponsam adulterium committatur. VII. Quid in muliere nupta meretrice. VIII. Polygami, an adulteri, et de Poena illorum. IX. De Poena incestus. X. De stupro remissive, et de scortatione. XI. De Lenonum poena. XII. De Venere monstrosa. XIII. De Masturpratoribus. XIV. De Accusatione adulterii et ec.

Adulterium jure civili *l.* 6. §. 1. *h.* et divino, *Levit.* 20., 10. *Deut.* 22., 22. in nuptas solummodo committi, recepta ab omnibus est sententia, a nobis probata *tit. Inst. de Pub. jud. n.* 5. quam novissime improbat Carpzovius *part.* 2. *pract. crim. Qu.* 52. *Quis ausit, negare, maritum se cum innupta miscentem, fieri perfidum, injuriam conjugi inferre, ac unitatem dissolvere matrimonii?* Nemo id, opinor, negat, nec quidquam eorum quae prolixe a sacris accumulat, ut probet virum aeque fidem thorumque violare conjugalem,

(e) *Pos.* 10. (f) *Pos.* 11.

ineundo virginem, quam mulierem coelibi succumbendo; cum uterque jus idem in corpus alterius, auctore Apostolo ad *Corinth.* 7. habeat. Sed Lex Romana totum facti reatum, quem mulier nupta sustinet graviorem, considerat. Nam viro magna est, omnium gentium reputatione, contumelia uxorem habere adulteram; mulieri nulla, sed miseratio favorem magis conciliat. Viro periculum est a partus suppositione, qua non potest esse atrocior injuria, quod uxori nullum est. Haec cum praeter fidei conjugalis violationem in congressu cum nupta concurrant, male denuo Carpzovius Adulterium definit per *violationem fidei thorique conjugalis. d. loco n.* 48. Quamvis hoc ei concedimus, Existimatione populorum hodierna, postquam Adulterium crimen ubique fere pecuniarium est factum, aeque in mulctas incidere viros quam feminas, vulgoque adulterium sola violatione thori conjugalis intelligi. Quod si exemplo juris divini et Romani poena capitalis reducederetur, non dubito, quin sententia juris utriusque hodieque praevaleret, aut praevalere deberet.

2. Quae Carpzovius ex jure civili profert in contrarium, ex eo, quod diximus, facile refellas; Matrimonium, ait est contractus reciprocus, Ergo viri et uxoris eadem ratio; Recte, si quidem violatione fidei conjugalis adulterium absolveretur, quod cum aliter se habeat, haec ratio, et quae ex *l.* 1. *C. h. t. l.* 7. *et l.* 23. *ibid.* in quibus violatio de adulterio praedicatur, adferuntur, evanescunt. Item ex *l.* 13. §. *Judex.* 5. *h. t.* ubi iniquum esse traditur, viros ab uxoribus exigere fidem, quam ipsi non praestent. Haec enim similiaque virum aeque perfidum ac mulierem, non neque adulterum esse probant: opponit *l.* 13. *pr. h. t.* ubi in concubina dicitur adulterium committi, quae nupta non est. Resp. Concubinatus imitamentum matrimonii et per leges nomen adsumpit, si modo talis concubina, quae matronae non amiserit nomen. *d. l.* 13. *pr. et l.* 3. § 1. *de Concubin.* Haec nihil ad eludendos textus claros, qui adulterium nonnisi in matrofam. committi tradunt, *d. l.* 6. §. 1. *l.* 13. §. 2. *l.* 34. §. 1. *h. t.* 101. *l* 225. *in med. d. V. S.* quibus accedit *Lex* 1. *C. h. t.* ubi violatio matrimonii et adulterium apertis verbis distinguuntur. Eludit tamen illas Carpzovius distinctione simplicis et duplicis adulterii. Hoc committi respectu personae facientis, illud etiam respectu patientis; Leges illas loqui de publici adulterio respectu patientis: Respectu facientis adulterium intelligi, cum vir solutam corrumpit. Sed probandum erat, id quod simplex appellat, ratione solius facientis, per leges adulterii nomine censeri.

3. (a) De poena Adulterii, quae fuit olim ex lege Julia, et quae est jure novo, quod satis est, diximus *ad Inst. n.* 6. nec plura post tot alios addere libet; nisi causam scire libeat, quamobrem Justinianus in *Nov.* 134. *c.* 10. mulieribus poenam capitalem remiserit, ejus loco substitutis virgis et claustro monasterii, virosque omnino adhucdum gladio puniri voluerit; contra rationem juris antiqui, quod mulieres ut dictum, gravius delinquere statuit. Quin mulier spem redeundi ad virum matrimoniique redintegrandi habet, si maritus amoris adversus eam memor, emolliatur; potest enim is biennium eam repetere, quo non facto, neglecta vel morte viri destituta, perpetuam monasterii habet mansionem. *d. Nov.* 134. *c.* 10. Hanc distinctionem in Germania hodieque servari, testatur Carpzovius *d. Qu.* 53. *n.* 27. *ex Constitutione Crim. Caroli V. art.* 120. rebusque judicatis idem illustrat, virum et mulierem adulterii convictos, illum quidem gladio feriri, hanc virgis caedi et monasterii loco in perpetuum relegari, nisi conjuges illis ignoverint, quo casu matrimonium reintegratur, ad exemplum *d. Nov.* 134. *c.* 10. ut tamen Germani utrosque tum solum vertere jubeant. Carpz. *d. Qu.* 53. *n.* 33. Idem de ratione probabili hujus differentiae laborat, admodum frustra *n.* 11. *et seq.* Non potest, opinor, alia reddi, quam quod Vir satis in una τὰν παιδοποιὸν ἁδονὰν, ut Jocasta loquitur *in. Phaeniss. Eurip.* explere possit: Mulier facile plures exerceat, nec unius consuetudine tentationes carnis pro sexus infirmitate, scilicet, evitare posse videatur. Quae ratio tamen Augustae (aeneiosae olim) Theodorae, quam satis constat minime in hoc genere fuisse morosam, quam Justiniano Caesari adscribenda videtur, illa sane, quam hoc, erat dignior.

4. Alibi, ut in Saxonia, merito sublatum est hoc discrimen, ut mulier aeque capite puniatur ac vir, si duplex sit adulterium: In simplici distinguitur, Caelebs rem habens cum nupta, gladio feritur, etiam mulier, nisi vir ei ignoverit, eamque retinere velit: quo casu cum illa in exilium proficisci debet, adultero nihilominus capite puniendo. Maritus vero cum sola virgine viduave scortove se miscens, etiam capite punitur, sed mulier soluta non nisi virgis tum caeditur, ut Carpzovius prolixe *Qu.* 54. Quae an per omnia rationi conveniant, non disputamus. Praeferenda sane meritissime plerisque Europae moribus, pecunia vel levi admodum poena tantum flagitium transmittentibus. Non iterabimus querelas de indulgentia horum temporum, alibi locorum passim obvias, et tantum non ubique ludibrio habitas. Ordines

(a) *Pos.* 1.

Frisiae *anno* 1586. *d.* 18. *Martii* constitoisse in adulteros, caelibes aut conjugatos, idque sine discrimine sexus, poenam capitalem, notatum invenio in notis *MS. D. Saekma ad tit.* 11. *lib.* 2. *art.* 3. sed nuoquam usu receptam esse, apparet ex eo, quod anno 1601. cum et Curia Suprema et Praesules Eccl. urgerent poenam juris divini, nihil quam haec sanctio elici potuit; *Quoniam mulcta adulterii lege Saxoniae* (peculiari heic loci, cum Albertus et Georgius ex Saxonia Duces heic rerum potirentur; nam jus commune Saxonicum a poena juris civilis non discrepat, *Const.* 19. *part.* 1.) *constituta*, *vilissima reperitur*, *gansch to gering*, posthac duplum *ejus summae* pro adulterio solvetur, nempe 50. floreni *primo*; iterum 75. Tertia vice centum, cum interdictione honorum. In hoc desiisse Reformationem, neo amplius impetrari potuisse, graviter dolent in *dd. not.* D. Saekma et Herbajus, nec eam sine scandalo atque horrore legi posse dicunt. Quanti certe querelae et obtestationes habitae fuerint, non poterant insignitius demonstrari. Deinde tamen anno 1619. mulcta rursus aucta est in duplum, ad ducentos florenos, ideotidem cum interdictione honorum tertia vice, vel si non solvendo sint, virgis caeduntur, idque ita servatur; An deprecatio et remissio conjugis lenocentis, maritum vel uxorem a poena corporali ob paupertatem eximere posset, non memini usu venisse quaeri: Forte non immerito ad exemplum Germanorum, in honorem matrimonii fustigatio in aliud genus longioris carceris, aut relegationis converti posset. Late Carpzovius *Qu.* 55. Enimvero Sandii sententia, quod poena Statutoria non tollat poenam juris divini, non utimur, ut relata, et improbata est *ad tit. de Re Judic. n.* 21.

5. (b) Praeter istam adulterii poenam ex lege Julia, Lenocinii * ex eadem lege tenetur, qui adulterium aut stuprum suasit, *l.* 12. *h. t.* qui quaestum ex adulterio uxoris aut viri fecit, *l.* 2. §. 2. *l.* 8. *et l.* 29. *h. t.* qui infamandae uxoris causa adulterum subjecit, ut deprehenderet. *l.* 8 *et l.* 9. *eod* Cujus ope et consilio, vel dolo malo, in adulterio deprehensi ut se redimerent, factum, *l.* 14. *pr. eod.* qui pro comperto adulterio vel stupro celando pecuniam accepit. *l.* 8. Lenocinii poena olim eadem erat cum poena adulterii, *l.* 8. *hic. l.* 2. *et l.* 9. *C. eod.* nempe relegatio aut deportatio, *l.* 37. *de Minor. l.* 29. *hic.* hodie est in mangonibus et lenonibus ultimum supplicium, *Nov.* 14. §. 1. In reliquis arbitraria, atque extraordinaria *l.* 1. §. *qui puero* 2. *de Ext. crim.* Wissenb. *hic n.* 16. Quod autem lex Julia viri quoque patientiam punit ut lenocinium, eo quod compertam adulterii conjugem, cui deberet irasci, retinuit, quando ignorantiam excusare non potest, aut adumbrare patientiam praetextu incredibilitatis, ut Ulpianus docet in *l.* 29. *pr. h. t. l.* 2. *C. h. t.* ea tamen severitas non excindit remissionem retentionemque poenitentis uxoris et deprecantis, sed indulgentiam adversus perseverantem, ut monuimus ad *tit. de Divortiis n.* 14. *sub. fin.* et patet *ex l.* 11. *C. h. t.*

(b) *Pos.* 3. *et* 4.

6. In sponsam quoque alterius adulterium committi, volunt juris auctores in *l.* 13. §. 3. *h. l.* 7. *C. h. t.* quo facit, quo Hoseae *c.* 4. ✝. 13. scriptum est, *sponsae nostrae adulterae erunt*: et qui sponsam corruperit, cum ea capite punitur jure divino, *Deut.* 22. ✝. 23. quod de Sponsis, que per verba praesentis temporis acceptatae sunt, non habet difficultatem, de Sponsis futuris et proprie dictis, praedurum videtur Covarruviae in *lib.* 4. *Decretal. part.* 1. *c.* 1. *n.* 8. qui censet potius, injuriae atrocis actionem sponso futuri temporis esse dandam; non sine ratione, si verum est, adulterium in nuptam committi, ut probavimus: etsi prolixe contra disputet Carpz. *d. l. Qu.* 56. Tu respice sis ad ea, quae in *tit. de Sponsal. n.* 5. *et seqq.* disputata sunt, ubi probavimus, apud Romanos etiam Sponsalia fuisse dicta, quae purum de Nuptiis consensum iniissent; addito quod in *l.* 2. *Digress. cap.* 18. diximus. In sponsa de praesenti, est haec ratio, quod consensus facit nuptias, *l.* 30. *de R. J.* et quod metus supponendi foetus non absit, eo quod sponsi tales non raro ultra primam lineam ament: poenam tamen capitalem in corruptores alienarum sponsarum, ubi in adulteros obtinet, non habere locum, docet ibidem Carpzov. *n* 33. Pecuniaria poena, quae nostris aliarumque gentium Statutis adultero infligitur, quominus etiam respectu sponsarum valeat, non obstat ratio *arg. d. l.* 13. §. 3. *et l.* 7. *C. h. t.* Cujac. *lib.* 6. *obs. c.* 16. *in fin.* Quid si sponsus alibi rem habeat, cum scinta videlicet, an hic etiam adulter est adulterique poena afficiendus? Ita Carpzovius censet, eadem ratione qua sponsa *d. Quaest. n.* 45. certe enim aeque violat hic, quam illa fidem conjugalem: Jure Civili secus esse constat, quia cum in nupta solummodo adulterium proprie dictum committatur, analogice dictum adulterium conniti in

* Si lenocinium exerceatur a marito vel parente poena gladii, si ab iisdem citra quaestum, fustigatione coercentur, *P.* 4. *Const. El.* 29. alii vero lenones carcere aut relegatione, et, si turpis lucri causa personas extraneas prostituerint, fustigatione puniuntur, *d. C.* §. *f.* sola autem spes lucri animadversioni ordinariae locum non reliquit. Carpzov. *Pr. Cr. qu.* 71. *n.* 52. nisi quaestus revera sit perceptus.

sponsa committi potest; neo aliter hodie existimari videtur, cum oec sponsus fuetum supponere queat, uequo sponsae taota illius stupro alibi patrato iojuria inferatur: ut adeo pro stupro tantum, sed graviore habendum videatur.

7. Si mulier nupta quidem, *sed vulgaris* et promiscuae admissionis fuerit, tamen *adulterium committi*, doeet Ulpianus in *l.* 13. §. 2. *h. t.* *Cantra in ea, quae passim venalem formam exhibuit, ac prostitutam meretricio more vulgo se praebuit, adulterii crimen cessare, si stupro tibi cognita sit*, aiunt Diocletianus et Maximianus ie *l.* 22. *C. h. t.* Ex omnibus oonciliationibus, quas recenset Carpzov. *Qu.* 57. amplectimur eam, quae distinguit inter mulierem nuptam quidem, sed viro doserto vagautem, aut in lupanari se prostituentem, et quae adhuc viro *συνοικεῖ*, neo eum deseruit, nec ab illo ob impudicitiam ejcota est; De priore loqui Ulpiaoum, de posteriore Caesares. Carpzovius aliter, Adulterium indistincte fieri, *l.* 13. sed *crimen*, hoo eat poenam criminis, cessare. *l.* 22. Bene, si vox *criminis* eam pateretur ioterpretatiooem. Aliis ita videtur, io viro cessare crimeo. *l.* 22. Io muliere non cessare, *l.* 13. quod si quis malit sequi, in verbis textus nihil repugnat; nam *lex.* 22. claro loquitur de viro, et *lex.* 13. de muliere, sic enim ait Ulpianus, *et in ea uxore potest maritus adulterium vindicare, quae vulgaris fuerit.*

8. Polygamiam in viro noe esse adulterium, probavimus ad *d. tit. Inst n.* 5. *vers. Idem polygamiam.* Sed qui in adulterio nihil aliud quam violationem fidei conjugalis vident, duas uxores ducentem habent etiam pro adultero, Carpzov. *Qu.* 66, *n.* 2. contra notissimum juris Divini et Ramani usum. Jure civili poena bigamiae perfectae, est eadem quae stupri, *l.* 18. *C. ad L. Jul. de adult.* imperfectae est infamia. *l.* 1. et *l.* 13. §. 1. *et seqq. de His qui not. inf. l.* 2. *C. de Incest. nupt. et l.* 18 *C. h. t.* Verum tameo est, ie muliero bis nubente adulterium in rei veritate committi, quoniam haec est commixtio cum muliere alii nupta, quod esse diximus adulterium, quo facit *l.* 7. *C. de Repud.* ubi mulier, quae abseote militiae causa viro per quadrienoium, nupsit alii, capite noo punienda dicitur; supponens ita, capitalem poenam, quae hodie est adulterii, ommbentibus aliter infligi: sed cum vir maritus aliam ducit virginem, aut viduam, hio non haberet rem cum nupta; proinde non est adulter, neu pro talis habetur a Moyse, aut e Justiniano. Contre qui adulterium vocant quamvis fidei conjugalis violatiooem, viros capite puniunt, mulieres virgis caedunt et relegant. Carpzov. *Qu. n.* 24. *et seqq.* Sapienter, ut puto, nostrates jus civile servant, *Lib.* 2. *tit.* 11. §. 1. sed quia perfecta polygamie est improbius stuprum, ei poenam corporalem infligunt. *d.* §. 1. Sand. *lib.* 5. *tit.* 9. *def.* 15.

9. Egimus etiam de Incestu ejusque poena, *ad d. tit. Inst. n.* 7. Juris divini poena capitalis est, in gradibus prohibitis *Levit.* 18. *et* 20. *Deuter.* 27. quod usu Fori servatur in linea recta et collaterali, ad secuodum gradum. In ulterioribus non exceditur poena juris communis, quae est relegatio; ut si quis viduam fratris duxerit; talis ad quinquennium relegatus est *Sjoerd Jans van Callum*, *d.* 15. *Maji* 1635. Alius item, qui uxoris defunotae sororis filiam duxerat, ad biennium; mulier juvencule ad annum. 20. *Sept.* 1636.

10. Actum quoque de Stupro *ad d. tit. n.* 6. *in med.* cui adde, quod Violentum Stuprum omnino capite puoitur, *l.* 1. §. 2. *de Extr. crim.* quod *passim* ita servatur. Inter species stupri est *Scortatio* quae dicitur, eum meretrice commissa; quam ut a Merendo dictam, latius tamen appellamus, quaecunque se prostituit neque pudori suo parcit. *l. palam.* 43. *de Rit. nupt.* Haec turpitudo non magis punitur in Jure quam ebrietas, per *l.* 22. *et l.* 29. *C. ad L. Jul. de adult. et l.* 13. §. 2. *h. tit.* sed oec Jure divino aliter quam ebrietas * habetur; interminatione utrique mortis aeternae proposita, judiciali nulla. 1. *Corinth.* 6. ℣. 9. *et seq.* ad *Galat. cap.* 5. ℣. 19. Statuta nostra habent muletam duarum librarum Flandricarum. *lib.* 3. *tit.* 10. *art.* 3. Meretrices ultre infamiam noe puniuntur in jure; cum ne turpiter quidem facere judicentur, postquam prima turpitudine, quando apud aediles quaestum profitabantur, erant defunctae. *l.* 4. §. 3. *de Condict. ob turp. casus.* Moribus, inclodnotur ut plurimum ad opus publicum temporarium, alicubi et relegantur. Carpzov. *Qu.* 70. *n.* 17.

11. De lenonibus *supra* dictum est, nec satis convenit iste rigor cum facilitate juris adversus meretrices easque frequentaotes Populi hodie mitius agunt; statute nostra lenones relegaot, sub poena corporali si eote tempus redeant, aut si plus biennio turpi commercio operam dederiot. Lenonibus comparantur impudicitiae pararii, *Koppelares* utriusque sexus, *d. tit.* 10. *art.* 1. late Carpzovius *Qu.* 71. Domus locare in usum lupaoariorum, jure Civili quoque,

* Apud nos scortatia in meretrice palam se prostituante, relegatione perpetua vel temporali, *P.* 4. *C. El.* 28. quandoque atiam fostigatione punitur, stuprator autem carcere aut relegatione coercetur. *d. C.* add. Carps. *Pr. Cr. qu.* 70. *n.* 31. *et n.* 43. ad dotandam autem, vel ducendam meretricem non tenetur. Carps. *l.* 6. *qu.* 60. *n.* 76.

ut ipsa meritricia vita, non puoitur, etsi minime vero laudatur, utcumque scriptum sit in *l.* 27. §. 1. *de Haered. pet.* in multorum honostorum virorum sedibus *lupanaria* exerceri, qua de re diximus in *part.* 2. Digress. *lib.* 1. cap. 2. *n.* 4. Nostrates ejusmodi locatores prima vice mulctant sex florenis, iterum, mercede domus sonua, inter delatorem, *officiarium* et pauperes dividenda *d. tit.* 10. *art.* 1. *et* 2. Gestus et contrectationes impudicae, quandoque etiam corporaliter puniri possunt in iis, qui frequenter id exercouerunt. Quidam *Antonius de Bii*, solitus noctu in plateis et sub tectis, ut res ferret, virgines matronasque contrectare, quinquennio relegatus est. *d.* 21. *Mart.* 1645.

12. In Venerem monstrosam, ultore gladio Leges armantur, *l.* 31. *C. h. t.* Est autem monstrosa Venus duplex, Aut enim cum homine committitur, aut cum bestia. Quae cum hominibus, est marium inter se vel feminarum. Prior species a *Sodomitis* appellata, posterior Apostolo memoratur *ad Rom.* 1. ỷ. 26. Prior illa, quam paganis veteribus usitata fuerit, viris etiam gravissimis, ut Socrati et Ciceroni, quam hodieque frequens orientalibus, ipsisque Italis, omnibus constat. Poena tamen est capitalis, *d. l.* 31. omnesque Transalpini illam hodieque servant, convenienter Juri Divino, *Levit.* 20. ỷ. 33. Idem de feminis, si vir cum illa praeposteram exerceat Venerem etsi uxore propria, placet Carpzovio *Qu.* 76. *n.* 18. *et* 24. ubi exempla infauda. Idem si cum muliere mortua. *Const. Elect. Sax.* 25. *part.* 4. Carpz. *d. q. n.* 21. Venus autem viri et mulieris cum bestia, capite punitur * Jure Divino, *Levit.* 18. 23. *et cap.* 20. 15. *Exod.* 22. ỷ. 19. omniumque gentium legibus et moribus.

13. Monstrosae Veneri censetur *Mastupratio*, ab A. Matthaeo *ad h. tit. c.* 6. *n.* 8. Nos antea diximus, hoc crimen ob frequentiam nullis legibus puniri, et sic aliquo modo non esse delictum, sed inter ea ponendum, quae tantum odio damnamus et ad vindicem Deum mittimus, ut alicubi Seneca. Neque enim, quod diximus illic, dictum volumus, eo quod minus id flagitiosum putemus, quam id esse volunt D. Matthaeus aut Carpzovius, qui ad Sodomiticum genus improprie, refert mastuprationem. *Qu.* 76. *n.* 10. Sed de poena capitali aut corporali, vix est, ut eorum sequi liceat sententiam. Quippe Venus monstrosa proprie non est; haec enim requirit agentem et patientem. *l. Cum. vir nubit.* 31. *C. h. t.* Ista autem, quae terminatur in cujusque persona, nec cum alio subjecto communicatur, nusquam puniri legitur, aut jure civili aut legibus hodiernis, ut fatetur Carpzovius *d. Qu. n.* 13. Quod autem de poena filii Judae, Onanis, memoratur *Genes.* 38. a simplici mastupratione plurimum discrepat. Ille jussus erat a Deo prolem ex fratris vidua gignere: sed iniens illam foras ejecit τὴν γονήν: Hoc enim facinus admissum fuit in feminam, non in viro solo terminatum erat; factum fuit ad perdendam prolem, cui destinatum emissumque semen erat; continebat foedissimam rei sanctae, matrimonii κατάχρησιν et deformationem: cujus Athenis reum se quoque fecit Pisistratus, ducta secundis nuptiis filia Megacis inimici sui reconciliati, ex qua sobolem tollere nolebat οὐ βουλόμενος οἱ γενέσθαι ἐκ τῆς νεογάμου γυναικὸς τέκνα, ut scribit Herodotus in *Clio*. Accessit in facto Onanis, contemptus divini imperii insolentissimus, qui per se mortem merebatur. Instat D. Matthaeus: *Cum sicario, qui hominem vel unum occidit, moriendum sit, quid in eos statuendum, qui nefariis suis libidinibus tot homines occidunt, tantum seminis profundunt, quos si rerum natura pateretur, saepius mori aequum foret.* Nimis hoc argumentum a perditione seminis innititur, ut adeo in maritos scilicet, qui uxores praegnantes ineunt, hac ratione capitis supplicium conveniret. Nusquam nisi exercitium Veneris inter duos contra naturam, pro venere monstruosa punitur: Alioqui et impudicae cogitationes, eo provectae ut ἔκχυσιν τῆς γονῆς eiiciant, eodem modo puniendae forent, et quis esset finis? Prudenter igitur Legislatores hoc mutum flagitii genus silentio transmittunt; cui etiam coercendo nulla sufficeret vindictae vigilantia. Nec tamen haec impunitas in infinitum patet: Puniendi extra ordinem, severeque, non tantum mariti, qui fraudandi matrimonii causa id agunt, sed etiam cinaedi, qui adolescentes talia docent, iisque praeeunt; etiam qui nimis imprudenter et aliis coram, se polluere sustinent, more Diogenis, qui in Foro medio τὰ τῆς Ἀφροδίτης εἴωθε ποιεῖν, ut Laertius *in ejus vita* narrat, qui vel hac causa merito Canis appellatus fuerit. Secretae vero libidines, quae cum aliis se non communicant, extra legis poenam sunt. Etsi non sit dubium, quin mastupratio, quamlibet secreta, peccatum sit gravius quam simplex stuprum, quia sine dubio est contra usum naturae, quo *amor quaeritur nec videtur*, ait *d. l. cum vir nubit.* 31. *C. h. t.* pollutio corporis animique deformis; maxime si non obrepat indulgentibus sibi in concupiscentiis, sed opera detur, ut fiat, et in

* Et quidem apud nos poena ignis obtinet, ubi bestia simul concrematur, Carps *Pr. Cr. qu.* 76. *n.* 29. modo Sodomia fuerit consummata, alias extraordinariae e. gr. fistigatione coercetur. Berger. *Elect. Jur. Crim. pag.* 143. Sodomiam vero cum homine commissam in Saxonia gladii supplicium manet. *Const. El. Nov.* 5. Carpzov. *l. c. n.* 21. licet. *Ord. Crim.* etiam hoc casu poenam ignis dictitet *art.* 116.

consuetudinem vertat. Haec qui legent adolescentes, nefas cognitum abhorrere discant, et remedia, quae in promptu sunt, adhibeant; post preces piasque meditationes, *ἀκρίβειαν τροφῆς, ἄσκησιν πόνων*, *parsimoniam victus*, *adsiduitatem laboris*, maxime matutini.

14. (c) Sed paucula de accusatione adulterii subjicienda. Vir antequam accusare velit, (mulier plane virum accusare non potest, *l.* 1. *C. h. t.*) uxorem dimittere debet, *l.* 11. *C. h. t.* quod mutatum *Nov.* 117. *c.* 8. §. 2. quae vetat uxorem hac causa dimitti, priusquam adulterii convicta fuerit. Eadem Novella tollit jus praecipuum viri quo intra dies 60. praeferebatur aliis accusatoribus, nec inscribere in crimen tenebatur, quod jus mariti dabatur etiam patri, *l.* 11. §. 6. *h. et l.* 6. *et l.* 30. *vers. inprimis.* *C h. t.* ut neutri tamen evideos calumnia remitteretur. *l.* 15. §. *ult. h. t.* Post dies sexaginta, dantur adhuc quatuor menses ad accusandum adulteram, jure communi; Quippe sex mensibus a divortio utilibus accusationi adulterae praescribitur. Adultero accusando praescribitur quinquennium a die admissi criminis, *l.* 29 §. 5. *et seqq.* *l.* 31. *h. l.* 5. *et l.* 25. *C. eod.* idque in omnibus ad L. Juliam pertinentibus obtinet *d. l.* 29. Wesenb. *h. n.* 18. Carpzov. *Qu.* 59. *n.* 8. Constantinus accusationes promiscuas in hoc crimine restrinxit ad quinque personas, maritum, patrem, fratrem, patruum et avunculum, *l.* 30. *C. h. t.* Moribus hodiernis, quominus praescriptione quinquennii adhuc utamur, nihil obstat. Carpzov. *d. Qu. n.* 26. Sed jus accusandi, ut in caeteris criminibus, est penes fiscalem procuratorem; Ideoque jus praecipuum Patris, mariti, vel quinque personarum, aut discrimen viri et feminae, non potest habere locum. Groenew. *ad l.* 1. *C. h. t.*

TIT. VI.

AD LEGEM JULIAM DE VI PUBLICA.

I. Vis quotuplex. II. quibus committatur. III. Poena vis publicae. IV. De Raptu virginis.

(a) Tertium in hoc ordine crimen, est Vis, quae et ipsa lege Julia vindicatur. Est autem vis duplex; alia publica, privata alia. Publica, (si Cujacio credimus) olim dicebatur, quam contra jus fasque inferebat persona publica, quae cum imperio et potestate est. Privata, quam privatus. Paulus *lib.* 5. *sent.* 26. §. 3. Hodie vis publica est, quae fit armis, Privata, quae fit sine armis. §. 8. *Inst. de pub. jud.* *l.* 9. *et l. pen.* §. 1. *de vi publ.* Sed et vis publica est quaelibet atrocior violentia, tam quae fit armis, quam sine armis. *l. ult. h. t.*

2. (b) Ergo lege Julia de vi publica tenentur, qui arma, tela domi suae, agrove in villa praeter usum venationis vel itineris vel navigationis coegerunt. Qui turbae seditionisve causa servos aut liberos homines in armis habuerit. Qui cum armis, hominibus armatis, incendium fecerit, villas expugnaverit, bona rapuerit, possessorem domo, agrove suo, aut nave dejecerit. Qui cum telo dolo malo in concione fuerit, aut ubi judicium publice exercetur. Qui magistratus Pop. Rom., vel civem Romanum contra provocationem necaverit. *l.* 1. 3. 5. 10. *et* 11. *D. h. tit.* Tenentur et qui sine armis vim fecerunt, si vis ab eis facta sit atrocior: cujusmodi sunt, qui convocatis hominibus incendium fecerint; quique ex incendio quid rapuerint. Qui feminam per vim stupraverit. Qui nuptam innuptamve mulierem rapuerit. Qui legatum, oratoremve, aut comites eorum pulsaverit, injuriam fecerit. Qui reum vinxit, impediitve, quominus Romae intra certum tempus adsit. Qui nova vectigalia exercuit, et similia. *l.* 3. §. 3. 4. *et* 5. *l.* 7. 6. *et* *l.* 8. *l. ult. D. h. tit.*

3. (c) Poena legis hujus est aquae et ignis interdictio, in cujus locum successit deportatio. *l.* 10. §. 2. *D. h. tit.* §. 8. *Inst. de publ. jud.* Paul. *sent. lib.* 5. *tit.* 26. Exacerbatur in servos, et eos qui caedi causam dederunt; hi enim capite puniuntur, *l.* 8. *et l.* 6. *C. h. tit.* (sicut et incendiarii, qui plerumque vivi exuruntur, *l.* 28. §. *incendiarii.* 12. *D. de poen.*) et tenentur etiam lege Cornelia de sicariis. *l.* 1. *pr. D. ad. leg. Corn. de Sic.* Puniuntur etiam capite, qui in turba cum telo sedes alienas aut villas expugnaverint. *l pen. h.* Qui non in turba id fecerint, extra ordinem accusantur. *l.* 1. §. *ult. D. de effract. et expilat.* Quaeritur, an et qui oppugnaverunt aedes alienas, nec expugnaverunt, capite sint puniendi. Placet sententia Wesenbecii *in par. h.* non esse puniendos: etenim non conatus, sed consummatum crimen capitis poena punitur; conatus extra ordinem et arbitrarie puniendus. Turba quidem in legibus decem hominibus finitur.

(c) *Pos.* 2. (a) *Pos.* 1. *et* 2. (b) *Pos.* 3. *et* 4. (c) *Pos.* 5. *et* 6.

l. 4. §. 3. *de Vi bon. rapt.* Non dubitatur tamen, quin si domus, villa, navis expugnata sit cum telo, et direpta, licet minus decem hominibus fuerint, poena capitalis nihilominus infligi possit, quod moribus hodiernis ex iis, quae de Effractoribus *antea* dicta sunt, nihil habet scrupuli. Sed neque turba in *d. l. pen.* tam ad numerum, quam ad turbationem pertinere videtur. Ita in Curia nostra damnatus est ad laqueum homo, pluribus quidem flagitiis opertus, sed ob hoc nominatim, quod noctu cum duobus aliis villam armati effregissent, homines pulsassent, vinxissent, minis, clamoribus horrendum intonuissent, quaeque videbantur abstulissent, *ante ferias Pentecost.* 1680. Aliquot annis antea, duo fratres in nave servientes, Patronum vulneratum e nave dejecerant, contisque aculeatis in aqua enecare conati, se cum nave proripuerant. Major natu annorum 19. adolescens, capite punitus, frater 14. annorum, spectator supplicii virgis caesus et relegatus est.

4. (d) Specialiter punitur raptus virginis viduaeque honestae, capitis poena, seu stuprum sit junctum, sive non, in facinoris auctore et adjutoribus; Imo, etsi sponsam rapuerit sponsus, licet etiam non coacta sit mulier, adhuc poena capitalis sancitur. *l. unic. C. de rapt. virg.* Sed hoc utrumque durum, et moribus aliter. Imo *L. Unic.* sic capienda videtur, ut violentia quidem abfuerit, malae tamen artes adhibitae sint.

Scholium.

Id est, ut et is puniatur capitaliter, qui feminam non coactam rapuit, sed volentem, modo ad hunc assensum virginis eliciendum malae artes et pravae persuasiones fuerint adhibitae. Conf. *quoad posit. praesentem* Wissenb ad h. t. th. 4. 5. 6. 7. *et omnino quoad mores nostros* Schilt. Ex. 49. §. 97. seqq.

Hinc Frisiae Statutis *lib.* 2. *tit.* 12. nominatim cautum est, capitis supplicio puniendos, qui mulierem invitam violenterque rapiunt. Qui volentes virgines viduasque abducunt, tantum abest ut capite puniantur, uti vix unquam, pene dixerim nunquam, criminis accusentur, et quandoque tam frequenter fiat, ut parum absit, quin pro dexteritate amatoria non ineleganti habeatur. Plane mulierem nuptam si quis abducat, etsi volentem, is extra ordinem, non tamen ita quidem capitaliter, punitur, ut apud Sandium 5. IX. 10. (e) Raptores in ipso flagitio deprehensi, impune a parentibus, consanguineis, tutoribus, patronis, dominis virginis vel viduae, occidi possunt. *d. l. un.* De stupro violento actum est *ad tit. praeced.* quod huc etiam pertinere diximus, iisque heic addemus; conatum ejus extra ordinem puniendum, ut Sandius probat *d. tit.* 8. *n.* 11. Carpz. *d. l. Quest.* 75. *n.* 56. *et seqq.* Statutis nostris cautum est, ut bona Stupratoris violenti, devolvantur etiam in liberos ex stupro natos, juxta liberos ejus legitimos, quod ut singulare, ita justissimum est. *lib.* 2. *tit.* 12.

T I T. VIII.

AD LEGEM JULIAM DE VI PRIVATA.

(a) Privata vis dicitur, quae fit sine armis, aut quae minus est atrox: exempla sunt in *l.* 2. 3. 5. *et* 6. *h.* Igitur Lege Julia de vi privata tenetur, qui ex naufragio quid dolo malo rapuerit; qui convocatis hominibus vim fecerit, quo quis verberaretur, pulsaretur neque homo occisus sit, aut fecerit, quominus quis in jus produceretur; aut ut ex agro suo sine armis dejiceretur; quippe ipse dejecerit, spoliaverit; qui quaestionem de alterius servo habuerit; qui debitori suo debitum per vim extorquere conatus fuerit, aut bona ejus sine Judicis auctoritate occupaverit. *l.* 1. 2. 3. *et tot. tit. D. ad Leg. Jul. de vi priv.* Ex his speciebus, quaedam utroque legis capite vindicantur; ut si quis convocatis hominibus vim fecerit. *l.* 5. *et l.* 10. §. 1. *D. de vi publ. l.* 2. *D. de vi privat.* Et sane, posse quandoque ex eodem facto utriusque capitis crimen objici, ostendit. *l.* 32. *D. de Poen.*

(b) Poena hujus legis est publicatio tertiae bonorum cum infamia. *l.* 1. *pr. h.* Itaque damnatus nec senator, nec decurio, nec judex esse, nec ullum honorem capere potest *l.* 1. *et l. ult. D. ad Leg. Jul. de vi priv. l.* 2. *C. eod.* §. 8. *Inst. de publ. jud.* Is autem, qui debitori vim fecerit extorquendi debiti causa, etiam jus crediti amittit. *l. pen. D. h. tit. l.* 13. *D. Quod. met. caus.*

Sed cum hujus delicti species admodum variae sint, non est dubium, quin heic valeat, quod aliquoties dictum est, poenas omnes nunc esse extraordinarias, idque moribus ita servatur. Qua de re singularem gentium Leges consulendae.

(d) *Pos.* 7. (e) *Pos.* 8. (a) *Pos.* 1. 2. *et* 3. (b) *Pos.* 4.

Apud nos quaedam privatae species violentiae, pecuniariis mulctis, satis profecto modicis, puniuntur. Qui noctu lumine vitrea frangit et disjicit, qui fores alienas violenter pulsat, lapidibus aut ferro impetit, quatuordecim florenis majoribus mulctatur. Qui per vim in aedes alienas irrumpit, nulli tamen nocet, viginti octo florenis. Si noceat, aut expellat, criminaliter gravius punitur, et caedes ejus impune fieri dicitur. *lib.* 2. *Stat. tit.* 7. *art.* 1. 2. 3. Qui resistit executioni Judiciali, duodecim florenis mulctatur. *d. tit.* 7. *art.* 4. Verum ut reliquae species majori violentia perpetratae, criminaliter puniuntur, ita non est dubium, quin et resistentes executioni, ex causa criminaliter accusari queant, ut decretum a Curia nostra in causa *J.* D. qui hac causa etiam in vincula conjectus est. *d.* 19. *Sept.* 1680.

Praeter haec poenam, notum est, de vi agi ex edicto praetoris. Quod metus causa: ex interdicto Unde vi, de Rapina, denique ex Edicto D. Marci, in *l.* 13 *Quod. m. c. et l.* 7. *C. Unde vi.* ubi dominium vel actionem amittit, qui rem suam vel sibi debitam per vim rapit, aut occupat, qua de re diximus ad *tit.* *1. de Vi bon. rapt.* Huic simile est, quod colonus, finito locationis tempore rem domino invito tenens, non modo fundum, sed et ejus aestimationem praestare debet. *l.* 10. *C. unde Vi.* Idem juris est, si quis domum debitoris vi intraverit, eique signaculum imposuerit, *Nov.* 164. *c.* 1. *in pr.* et id genus alia, de quibus A. Matth. *ad tit. de Vi, c.* 3. *num.* 3.

TIT. VIII.

AD LEGEM CORNELIAM DE SICARIIS ET VENEFICIIS.

I. Remissio, et cur ambulantes cum telo ordinaria L. Corneliae poena adficiantur. II. Quandoque etiam conatum caedis ordinaria poena plecti. III. Plerumque tamen secus observari. IV. Considerandum heic, et quo modo, an vulnus lethale. V. Dolum heic requiri, et quomodo id intelligendum ex l. 1. §. 3. h. *quod exemplis declaratur. VI. Eos, qui gladio, in rixa quoque, caedem committunt, ordinaria poena adficiendos, ex* d. l. 1. §. 3. *cujus Lectio vulgata adseritur. VII. Nisi causa gravis adfuerit. VIII. De excessu moderaminis Tutelae corporis sui, in genere. IX. Ratione causae. X. Respectum modi. XI. Ratione temporis. XII. Quinam impune occidantur. XIII. De mulcta homicidii. XIV. De Veneficiis.*

(a) De homicidio actum ad *tit. 1. de Publ. jud. n.* 8. Hac lege tenetur non homicida tantum, sed et is, qui cum telo ambulavit hominis occidendi gratia, item si quis venenum confecerit, dederit, aut falsum testimonium dixerit, quo alius capitis supplicio adficeretur, *l.* 1. *pr. et* §. 1. *h.* et quidem his ultimis speciebus poena deportationis, quam lex. Corn. infligit, potius convenit, quam ipsi homicidio. (a) Sed quia cives Rom. gravius quam exilio non puniebantur, hinc factum, et homicidio et cum telo ambulantibus eadem poena statueretur; quod cum hodie aliter se habeat, et mortis poena caedi proposita sit, sequitur, mitius cum telo ambulantes quam homicidas esse puniendos, quod nec Romani ignoraruut, sed discrimen illud minus assequi potuerunt, (b) quia tempore Syllae gravius supplicium secundum LL. erat ignotum.

Scholium.

(a) *Videtur ergo Auctor statuere, quod lex Cornelia initio lata sit, non in homicidas, sed in eos qui cum telo ambulant, postea vero saltem ad homicidas extensa et c. sed peterem hic probationem hujus conjecturae. Contrarium et quod lex Cornelia etiam in homicidas lata sit, videtur ex* l. 1. pr. h. t. *deduci posse, adeoque erit omnino discrepantia inter mores nostros, qui mitius puniunt ambulantes cum telo quam homicidas, et inter jus Romanum, de qua dixi ad Strauch.* XXIX. 7. p. 447. Conf. l. 1. §. 1. h. t.

(b) *Esto quod, ex hypothesi Auctoris discrimen illud non assequi potuerint initio latae legis Corneliae, potuissent tamen utique assequi istud discrimen successu temporis et postquam poena deportationis mutata erat in poenam gladii,* l. 3. §. 5. h. *sed tamen nuspiam legitur, ambulantes cum telo etiam illis temporibus, mitius fuisse punitos quam homicidas veros.*

Responsio.

Frustra petitur probatio ejus quod in mentem nobis non venit adfirmare, Legem Corneliam non esse latam in homicidas. sed tantum in ambulantes cum telo. Diximus

(a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 2.

solummodo: causam, quod Cornelius ambulantes cum telo poenae subjecerit ordinariae videri et hanc fuisse, quod poena tunc non esset mortis naturalis. Etsi fatemur, postquam semel eodem loco habiti sunt ambulantes cum telo et homicidae, non esse animadversum illud discrimen, etiam post exasperatam poenam.

N. Addit.

Nihil habeo, quod de novo addam, nisi, quod ulteriorem dispectionem mereatur, an verum sit quod Auctor de temporibus Syllanis dicit, quod tum nondum recepta esset poena mortis naturalis. Sane notabilis est locus Appiani lib. 1. de bell. civil. *interpr. Sigism. Gelenio.* Sylla primus capitalis proscriptionis inventor est habitus: qui et praemia percussoribus proscriptorum, latentiumque indicibus proposuit, et poenam abditos celantibus interminatus est. Nec multo post, alios idem Senatores in proscriptorum album retulit. Ex his quidam nec opinantes appressi passim per domos, per templa, per porticos: alii sublimes correpti, et ad pedes Syllae projecti, alii raptati conculcatique, nemine ad tam dira spectacula vel mussare audente; alii pellebantur ex urbe, rursus alii bonis suis spoliabantur, profugos inquisitores persequebantur, nusquam non discurrentes et excutientes omnia, trucidantes quotquot ex iis adspici poterant etc. *Conf. Freinshemii* Supplem. Liv. lib. 53. cap. 16. seqq. usque ad cap. 28. *Sed cum facile praevideam, quae ad ista forte, pro Auctore responderi possint, Lectoris judicio totum relinquo negotium.*

2. (b) Potest tamen et hoc pro Lege Cornelia dici; cum illa rogaretur, Italiam bellis civilibus vix defunctam, fuisse plenam hominibus sceleratis, qui sicis clam armati in concionibus medioque foro destinatos ad caedem interficerent, ut Plutarchus in vita *Syllae* refert et passim occurrit. Tam infesto tempore qui cum hoc instituto sicas gestantes deprehensi erant, non immerito capitali supplicio subdi poterant, nec etiamnum in simili occasione non possent, quo pertinet, quod de *Assasinis*, id est, conductis latronibus et eorum conatibus etiam in conducente capite puniendis probat A. Matth. *ad h. tit c.* 1. *n.* 3. Nec enim quod imperfecta scelera non nisi extra ordinem mitius puniri dicuntur, tunc etiam obtinet, quando conatus admodum improbus et in Republ. exempli est perniciosi, aut quando proxime a decretorio eventu abest. Ita non est dubitatum in Curia nostra, quin capite puniendus esset, qui noctu in domum irrumpens, puellam, quae sola ibi relicta erat, viginti vulneribus percusserat et culcitra tectam pro mortua reliquerat: etsi illic vis etiam publica concurrebat; *mense Octobr. anno* 1644.

3. Regulariter enim ita servatur, ut Conatus homicidii minus capitali poena plectatur, etsi proxime ad effectum pervenerit, si non aliud delictum aut singularis improbitas et exitialis exempli ratio concurrat, ut novissime probat Carpzov. *part.* 1. *Crim. Qu.* 17. *n.* 13. *et* 14. *Qu.* 21. *n.* 41. *part.* 2. *Qu.* 61. *n.* 4. *et Qu.* 71. *n.* 48. Qui tamen alias exceptiones non admittit, quam has duas. 1. Si lex ita specialiter statuat, et 2. Si judex ita arbitretur, quod aliquando eum facere posse tradit, etsi tutius non facerit. Quas exceptiones ita concedimus, ut tamen a Lege vix alias id fiat, aut a judice fieri possit, quam ob rationem a nobis adsignatam: Cujus tamen discretionem a judicis arbitrio pendere statuendum est. Exemplum apponam; Lictor Praetoris, cuidam Judaeo res quasdam eripuerat, qui cum apud Praetorem de hac injuria questus esset, is Executorem judicii, qui lictoribus imperat, ad istum lictorem una cum Judaeo et cum imperio, ut huic adempta restitueret, miserat. Lictor Judaeum prius, spreto executore, plagis operuerat. Deinde executorem stricto ferro invaserat, invocatoque diabolo, se hominem transfixurum minatus, gladium pectori adegerat, cum autem is non penetrasset, sclopum grandine plumbeo spissiori oneratum in eundem emiserat, graviterque vulneraverat, atque deinceps aegre se habere dixerat, quod hominem non occidisset. Non deerant ex Dominis, qui hanc vim publicam cum atrocissimo conatu caedis conjunctam, poena capitali vindicandam censerent; maxime quia semiconvictus erat alterius scelerati facinoris, propter quod ejus frater ad laqueum erat damnatus, et cujus non dubitabatur, quin ipse dux et auctor fuisset. Quia tamen ad hoc nonnisi tormentis subjici poterat, etsi quatuor ex Dominis, conatum illum caedis improbissimum ad mortem sufficere arbitrarentur, major tamen pars, cum tormenta sustinuisset, ob alterum crimen ad poenam morti proximam eum damnarunt, *ante ferias Pentecostales* 1680.

4. Sed quaestio de perfecto an imperfecto homicidio, non tantum saepe movetur, si mors secuta non fuerit, sed magis si mors secuta quidem fuerit, at non immediate, ut dubitari possit, an plaga inflicta mortis causa fuerit. De varietate judiciorum in hujusmodi occasionibus et discrimine vulnerum simpliciter aut absolute mortiferorum egimus *ad tit. ff. de Lege Aquilia n.* 4. nec regulam aut definitionem collocare generalem licet. Communiter quidem si post vulnus incontinenti vel cis paucas horas mors

(b) *Pos.* 2.

insecuta sit, vulnus esso eausam mortis non dubitatur. Attamen beic etiam prudentia opus esse, doeebit exemplum satis rarum, quod subjiciam. Anne MDCLXVII. dio 30. Deeembris in pago *Hoortjrolde*, Notarius quidam publiee vendens praedium, importune turbatus in hoc officio ab homine temulento, ter quaterve eum in faciem pugno percusserat: Unde sanguis copiose effluxerat. Fluxu cessante, eubitum iverat: e somoo autem exeitatus, tussi et novo sanguinis fluxu exorto, intra sesquihoram exanimatus est. Non credebantur plagae bomini inflictae potuisse lethales esse, neque foris aut intus quidquam mortiferi apparebat: Sed pectore dissecto, reperta est aspera arteria, quam vulgus gutturem adversum appellat, et in qua nihil esculenti aut potulenti, sine praesenti perieulo suffocationis, durare potest, aperta et valvula ejus rigide patens; intus autem in ipsa arteria, repertae sunt aliquot particulae earnis, magnitudine avellanae et paulo secus, aliaeque nonnullae aridae materiae. Ex quibus non temere judicabatur, eas res in vomitu ejectas, valvulaque asperae arteriae in illo motu violento aperta, in patulam viam pulmonis incidisse; Nec per tussim ab ebrio et somnolento inde rursus excuti potuisse; Quae eausa suffocationis necessaria fuisset. Reus in Frisiae versus Transisulaniam confiniis habitans, in hanc se contulit, atque a praetore Haxbergensi, causa aognita, caedis absolutus est. Quae sententia cum ad Ordines mitteretur, ut Reo securo in Patria degere liceret, Suprema Curia consulta respondit, audito Procuratore Generali, in eam sententiam quae a nobis relata est *ad tit. de Legib. Cap. de Conflict. Legum n.* 6.

Jus divinum in caede hominis liberi illud solum considerari jubet, utrum percussus surrexerit et innixus scipione prodierit, nec ne, ut illo easu poena capitalis cesset, isto infligatur. *Exod. cap.* 21. *vers.* 18. Ita D. Matthaeus eum locum inducit *cap.* 3. *ad h. tit. n.* 17. Minus plene; Additur enim, si lecto adfixus convaluerit, et in via publica, cum scipione dumtaxat, incesserit, ut tum quaestio de vulnere cesset; Non si post ictum statim surrexerit et foras prodierit, hoc enim frequenter in vulneribus capitis, absolute lethalibus, aceidit, ut nostra memoria Studiosus Juris, percussus in eapite a Theologiae Studioso, tertio demum die lecto adfixus, cum medio tempore in publicum prodiisset, brevi extinctus est, vulnere lethali deinde reperto. Plane moribus ita fere est receptum, ut si percussus quadraginta diebus supervixerit, vulnus pro mortifero non habeatur. Clar. §. *homicidium. n.* 44. Fab. 4. *Cod. tit.* 15. *def. ult.* Grot. 3. *manud.* 34. §. *pen.* qui tamen hoc requirit, ut percussus in publicum post sex septimanas prodierit: atque alii tum demum admittunt praescriptionem, si non constet ex vulnere mortem evenisse: plures etiam tempus hoc, et omne judicium de causa mortis, Judicis arbitrio committunt; in quam plures citantur auctores a Groenewegio *ad d. loc.* Grot. *n.* 14, *et* 16. At plane Medicorum judicio plurimum in hac disceptatione tribuendum esse, non est dubium: ut tamen judicem quoque suum non negligere oporteat, utique si dissentiant, quod saepius accidit, exemploque a nobis probatum est *ad tit. ff. de Lege Aquil. n.* 4. *Resp. ad schol.*

5. (c) Commune requisitum omnium delictorum, esse diximus *ad Tit. de Privat. delict.* dolum, id est malignum propositum, excepto legis Aquiliae delicto, quod etiam punitur ob culpam, ratione, quam dedimus *in loco.* Sed in lege Cornelia maxime dolus requiritur, culpa nequaquam sufficiente ad ordinariam hujusce Legis poenam *l.* 7. *h.* etsi lascivia quoque et mali moris circumstantiae adfuerint. Exemplum. In *pago* Rypensi Titius in diversorio lasciviens cauponem cubitum iturum aggressus, compulerat ad saltandum secum; spatioque cubiculi saltibus absoluto, correptum hominem rapideque circumactum ita propulit, ut caput adversus prominentiam camini allideretur Unde prolapsus et dein cubitum delatus, caput et pectus graviter dolens, nocte sequenti hora sexta decesserat. Sub cranio repertae sunt quatuor unciae cruoris evasati: ut ex contusione mortuum esse non dubitaretur. Titius relegatus est ad tempus, *ante ferias O. S.* 1618. Scilicet occidendi animus aberat omnino. Tamen etsi ad dolum hac parte non requiritur animus occidendi peremptorius; sufficit propositum laedendi aliquem, ita ut caedem inde facile sequi posse non ignoret. Nec enim si quis vere sit hujus animi, ut adversarium dumtaxat vulnerare, velit, si tamen occiderit, dubium est, quin de caede teneatur. Eventus spectetur, ut a clementissime quoque factum sit, ait *l.* 16. §. 8. *in pr. de Poen.*

N. Annot.

Mutavit hic aliquatenus dicta in positionibus, ob monitum Scholii nostri: unde utrumque hic erit inserendum.

Posit. 4. *Dolus, hoc est propositum, requitur, culpa non sufficit.* l. 7. 8. *Dolus autem intelligitur, propositum laedendi, unde caedes prospici possit, etsi ipse animus* (c) *occidendi absit.* l. 16. § 8. de Poen. l. 1. §. 3. b. *Nec obstat* l. 14. h. *voluntas enim ibi pro dolo sumitur, qui si absit, casus fortuitus non nocet.* add. l. 3. §. 2. h.

(c) *Pos.* 4.

(*e*) Mallem dicere: quod per dolum hic intelligatur propositum alterum interficiendi,

et animus occidendi eundem, *d. l.* 16. §. 8. *de poenis d. l.* 1. §. 3. *h.* qui textus aperte docent, animum occidendi non debere abesse, si poena legis Corneliae locum invenire debeat. Et ita plane non obstat *l.* 14. *hic.*

Notabilis locus est in *l.* 1. §. 3. *h. t.* Divus Hadrianus rescripsit, *eum qui hominem occidit, si non occidendi animo admisit, absolvi posse*, ut in exemplo *superius* relato. *Et qui hominem non occidit, sed vulneravit, ut occidat, pro homicida damnandum*, scilicet, pro severitate Legis Corneliae, quam moribus hodiernis nusquam servari, probavimus. Peregit Marcianus; *et ex re costituendum hoc.* Quando de animo palam demonstrato non constat, res ipsa factique circumstantiae presumptiones juris suggerere debent. Marcianus; *nam si gladium strinxerit et in eo percusserit, indubitate occidendi animo id eum admisisse.* Ponit indistincte, *qui gladio percussit*, adde, cultro, hasta, sclopo, similive instrumento ad occidendum usurpari solito; si iratus, non potest dubitari, quin occidendi animum habuerit, aut si forte vulnus, solummodo imaginatus sit, non credimus, hoc esse dolo carere, si quis apud animum suum fingat se nolle occidere, dum hoc agit θυμοῦ ῥέοντας, volens, quod occidentes faciunt, et dum occidit. Marcianus; *sed si clavi percussit aut cucuma in rixa, quamvis ferro percusserit, tamen non occidendi animo, leniendam poenam, quia in rixa casu magis quam voluntate homicidium admisit.* Percussio facta clavi, cucuma, similive instrumento caedibus adhiberi non solito, si quidem *in rixa*, fiat, caedes licet secuta, non punitur ordinaria poena, secus si fiat ex animi destinatione. Verum in rixa, illa subita, ejusmodi instrumentum inducit praesumptionem, non adfuisse dolum. Exemplum: Studiosus Theologiae cum alio Pontificiae Religionis, uterque Frisius, in hac Academia certabant de Religione. Theologus iracundior, incalescens, hemina cerevisiae, quam manu tenebat, caput alterius percussit: qui licet aliquot diebus superviveret atque exiisset, tamen eis quatriduum decessit, et quidem, ut judicatum est vulnere inspecto, ex ictu. Alius contubernalis meus, tesseris ludens, subita rixa, ut fit, candelabrum in adversarii caput conjecit, unde mortuus est: nihil tale cogitantibus vulnerum auctoribus. Titius in hac civitate, non ferens convitium quod esset γυναικοκρατούμενος, exprobrantis id sibi caput pugno percussit, qui inde mortem contraxit. Haec et talia, passim obvia sunt exempla, ex quibus sententiae illius usus intelligi potest, et quibus poena convenit extraordinaria. De pluribus ad hunc articulum, vide Carpzov. *Qu. Crim.* 3.

(d) *Pos.* 7.

6. Docent autem illa verba Marciani, quoties *in rixa* gladio vel simili caedis instrumento commissum est homicidium, non cessare poenam hujus legis ordinariam; si enim tum demum caedes *in rixa* admissa mitiorem habet poenam, quando clavi vel cucuma facta est, atque hic modus occidendi opponitur ei qui fit gladio, sequitur, hoc propositum, licet in rixa commissum, non mereri poenam remissiorem. Profecto enim, si ex subita iracundia caedes sicis, gladiis, sclopetis admissae, mitiorem capitali poenam habeant, pleraque homicidia, quae omni die ex subitaneis rixis ortum habent, impunita manerent, pessimeque saluti generis humani consultum foret; eademque ratione furta et adulteria ex subitis hominum cupiditatibus orta, non paterentur ordinarias poenas. Ipsa quin imo duella, quae rapidis e causis saepe committuntur, et Centaurorum Lapitharumque convivia rixis et caedibus cruentata, mitioris poenae favorem exigerent: quibus rebus nihil absurdius esse posset. Verum est interim, exquisita dari posse merita circumstantiarum et personarum, quibus judex ad mitiorem poenam extra ordinem moveri possit: ut ex Alciato de puero, qui collusorem percusserat, exemplum profertur, ejusdem favoris cum eo, quod *in d. l.* 16. §. 8. *de Poen.* memoratur, ex Homero Iliad. ψ.

Ἤματι, τῷ, ὅτε παῖδα κατέκτανον Ἀμφιδάμαντος,
Νήπιος οὐκ ἐθέλων, ἀμφ' ἀστραγάλοισι χολωθείς.
Tum circa talos irascens, Amphidamantis
Gnato egomet vitam puer ac invitus ademi.

Extra hujusmodi casus, publica salus et rigor justitiae postulat, ac ita constanter in nostris foris servatur, ut ordinaria poena caedibus in rixa cultro gladiove commissis infligatur. Idque post rationes ultro citroque ponderatas, probat Carpzovius *d. part.* 1. *Qu.* 1. *n.* 28. *et seqq.* Ex quibus manifestum est, quam procul a via rationis et Themidos absint, qui ut probent, Marcianum ita sensisse; rixae causa caedes gladio quoque commissas ab ordinaria excusari, Lectionem Florentinam in *d. l.* 1. §. 3. mutant hoc modo: pro verbis, *Sed si clavi percussit aut cucuma in rixa, quamvis ferro percusserit, leniendam poenam ejus etc.* substituunt ita; *sed si clavi percusserit aut cucuma, aut ferro in rixa, quamvis percusserit:* quo ita discrimen juris inter modos caedis per instrumenta diversa, quoties aliunde non constat de animo, tollatur: sed manet laus ingenii, salva ratione et auctoritate juris: quae hoc loco plane dictat, τὸ ἀκίνητον, ἄμεινον, nihil esse causae turbandi limpidum.

7. (d) Verum tamen est, si quis impetu non bruto, vel insolenti, sed justa causa excitato,

ad caedem proruperit, hunc mitius extra ordinem puniendum. Ita responsum de marito, qui uxorem adulteram occidit, quod non licet, *l.* 1. §. *ult. h.* et de patre, qui filium novercam adulterantem, in venatione occiderat, in *l.* 5. *ad L. Pomp. de parric.* Talis etiam saepe fuit sententia Curiae nostrae, ut in tali exemplo; maritus hominem, qui uxori ipsius verbera intentabat, occidit, hic in perpetuum relegatus est. *Johannes Francken*, *d.* 29. *Octobr.* 1585. Alius a creditore suo intempestive monitus, videbat eundem uxorem suam interpellantem, et mox adversus eam gladium, ut invasurum stringentem: Vir id e proximo conspicatus, cultrum arripuit eculeatum, eoque caput hominis percussit, mox etiam genu inguini ejus impacto, sic hominem mulctavit, ut brevi moreretur; ad decennium relegatus est, *Harmen Alberts*, *d.* 29. *Novemb.* 1628. quae duo exempla reperi in MS. D. Antonii Kan, Procuratoris Frisiae generalis. Nec tamen eadem ubique indulgentia valuit. Titius (aliud exemplum) puellae cuidam vim olim conatus inferre dicebatur: post triennium idem (*Tjaort Hessels* nomen erat) cum fratre Adriano aliisque duobus diversorium, in quo Ancilla degebat, invita ejus hera, saltu ostio inferiore superato, invaserat, strictum manu cultrum tenens, eamque verberibus indigne affecerat. Post aliquod spatium illis digressis, ancilla ardens ira, rapto e penu cultro, abeuntem in plateam publicam insecuta, Hadrianum fratrem ejus, cui praecipue infesta erat, percussit in tergo, ut brevi inde moreretur, sanguine foras non prodeunte. Quanquam magna ratio mitioris extra ordinem poenae militabat, quia tamen factum vindictae propius, quam subito calori videbatur, ut tum quidem Curiae sedit, ultimum supplicium subiit. *Anna Ulrici Edonsis, annos nata* 23., 10. *Aprilis* 1641. ut Nauta refert *in suo MS.* Mea quoque memoria Studiosus Theologiae Amstelodamensis, provocatus aliquoties a Juris studioso Bredano, cum gladium e museo petiisset, in platea publica cum eo congressus erat: sed inter pugnandum hortatus alterum ut desisteret, etiam iverat cessum, ut alter ebrius in aciem irruisse magis quam percussus videretur. Non deerant ex Dominis, qui reum mitius extra ordinem puniri vellent, utique nullis hic adversus duella legibus severioribus; sed pars major ordinariae poenae locum esse debere statuit. Oportet hac de re discrimen judicis arbitrio committatur, ut etiam aetatis, de qua Sandius *l.* 5. *tit.* 9. *def.* 4.

8. Atque huc etiam pertinet excessus moderaminis inculpatae Tutelae, de qua diximus ad *tit. Inst. de Lege Aquil. n.* 2. qualem excessum Curia nostra fustigatione et exilio, apud Sand. *d. defin. in fin.* mulctavit, nec admitti censuit moderaminis inculpati defensionem, etsi rixae quis auctor, pugnae non fuerit. *d. tit. def.* 8. In dubio autem non praesumitur moderamen, sed dolo facta caedes, sicut injuria, existimatur. *l.* 1. *et l.* 5. *C. h. t. l.* 5. *de Injur.* Nisi praesumptio contraria nitatur justis rationibus, a personis aliisque circumstantiis desumpta, de quibus A. Matth. *ad. h. t. c.* 3. *n.* 15. et de quibus rebus prolixe egit Carpzov. *d. l. Qu.* 28. *et sequ.* Inculcat ille distinctionem inter moderamen defensionis, et moderamen inculpatae Tutelae, ac utriusque dividit excessum. Sed cum per moderamen defensionis nihil aliud intelligat, quam excessum inculpati moderaminis, Excessum autem simplicis defensionis vocet, qui sine praevia partis adversae offensa committitur, ut docet *Qu.* 29. *n.* 41. hujusmodi caedem ab ea, quae dolo committitur, vix opus sit discerni; ideoque ita videtur, ea distinctione facile careri posse: excessum autem moderaminis circa tutelam corporis sui, generaliter ratione caussae, modi et temporis distinguere licet.

9. Ratione caussae committit excessum, qui dedit initium rixae, sed pugnam vitare voluit; hunc ab altero cum periculo vitae invasum, si occidat aggressorem, lenius extra ordinem puniendum, censuit Curia nostra, apud Sandium *loco citato.* Aliter Carpzovius, qui tales ordinariae poenae subjiciendos statuit. *d. Quaest.* 29. *num.* 43. *et seqq.* Exempla tamen rerum judicatarum quae refert, non tantum rixae, sed etiam pugnae initium reis adscribunt. Atqui hoc non ad caussam, sed potius ad modum defensionis pertinet, planeque distinguendum inter rixae et pugnae principium. Si rixae, id est verbalis contentionis, initium reus tantum dederit, alter autem incontinenti ad arma prosiliens ipsum invaserit, magis est ut occidens aggressorem ordinaria non sit adficiendus poena, quia rixari verbis est tralatitium, et toto genere diversum a pugna armata. Ad excessum ratione caussae, refert etiam Carpzovius, quando quis alium pro alio occidit, *n.* 50. *et seqq.* male ut videtur; Nam si factum sit per necessitatem defensionis, non ad caussam, sed ad *modum* pertinet, et plerumque jure fit. Si vero extra casum defensionis, ad hunc articulum plane non pertinet: (e) Quid ergo? Si quis circa personam errans, Maevium occiderit, cum Titium vellet, an quasi effectu sceleris destitutus, mitius puniendus erit? Tentabimus hunc ordinaria poena plectendum esse: fuit enim

(e) *Pos.* 5.

occidendi animus: occidit etiam: tametsi non eum quem destinaverat. Ita qui Titio injuriam facere vult, si Sejo faciat, quem Titium putat, Sejo injuriarum tenetur. *l.* 18. §. 3 *D. de Inj.* Vasqu. 3. *cont. ill. cap.* 9. *n.* 32. Idem, si eum Titium occidere vellet, Maevium ad stantem aut praetereuntem, vel intervenientem occiderit: est enim eadem utroque casu ratio. Ad excessum ratione causae melius refertur; si quis minantem sibi mortem, occupaverit interficiendo. Si enim minae sint ejusmodi verbis, aut gestibus prolatae, quas reus facile evitare poterat, vix est ut ordinaria poena sit eximendus, ut Carpzovius probat *num.* 84. si vero minae sint inevitabiles, et cum praesenti periculo junctae; vix pro excessu moderaminis inculpatae Tutelae ejusmodi caedes haberi potest, *arg. l.* 9. *in pr. Quod met. c. l.* 3. §. 5. *de vi et vi arm. l.* 1. *C. Quand. lic. unic. sin. jud.* et per ea, quae inferius dicenda venient. Quod si minae sint praesentes quidem, sed nihil magni mali continentes, aut etiam evitari potuerint per fugam, recessum, vel corporis inclinationem, nec reus id faciendum putaverit, verum occidere maluerit, est eadem quaestio cum hac, An propter injurias corporis non capitales, et propter bona, liceat hominem occidere. Nam minae actui proximae et inevitabiles, a periculo praesente distingui non possunt. Grot. *lib.* 2. *de jur. bell. et pac. c.* 1. *n.* 5. Reliqua de fuga et evitandi facultate, pertinent ad secundum articulum, qui est de *modo*.

Carpzovius *Homicidium necessarium*, de quo moderamen inculpatae sit intelligendum, ita definit, *quod non dolo, sed coacte, ob vitae, corporis, honoris, facultatumque defensionem committitur. d. Qu.* 28. *pr.* Sed videamus; Quaestio proposita est bimembris, de injuriis non capitalibus, et de bonis. Quod ad prius attinet, pudicitiae causa licere stupratorem violentum occidere, non dubitatur. Grot. *d. cap.* 1. *num.* 7. Idem de periculo mutilandi corporis alicujus membri. *n.* 6. Ad alapam, vel ictum baculi evitandum, non licet impune, licet ordinaria poena locum non habeat; quanquam in Lege Aquilia, qui primus insultavit, tenetur simpliciter. *l.* 52. §. 1. *ad L. Al.* Vide omnino Grotium *d. c.* 1. *n.* 10. De bonis sic habendum; Si periculum vitae sit conjunctum, licebit impune; caeteroqui non licet: Adeo ut, si quis furem nocturnum occiderit, ita demum impune ferat, si parcere ei sine periculo suo non potuerit. *l.* 9. *h. t.* In dubio autem praesumitur vitae periculum fuisse conjunctum; quo respectu Lex XII. tabularum, ut et Mosaica, furem nocturnum impune occidi posse constituit, ut Gajus scribit; modo occidens id cum clamore, quo de circumstantiis liqueat, testificetur. *l.* 4. §. 1. *ad L. Aquil.* si constaret nullum adfuisse periculum vitae, non impune foret; attamen mitius extra ordinem animadvertendum. *arg. dd. ll.*

Postremo ad excessum ratione causae pertinet; si quis provocatus, in arenam descenderit provocantemque occiderit, quo casu mitiorem capitali poenam irrogandam esse, probat Carpzovius. *d. Qu.* 29. *n.* 70. *et seqq.* tam si verbis contumeliosis, quam simplicibus facta sit provocatio. *num.* 87. *et seqq.* Sed quam haec sententia generi humano sit gravis, probant omnium fere Principum hodiernorum Constitutiones adversus monomachias sive duella, provocatos aeque ac provocantes capitali poenae subjicientes, * quod apud nos etiam absque novis Constitutionibus, tanquam ex jure communi magis obtinere, cum alias, tum patuit exemplo Studiosi relato. *n.* 5. *in f.* Nec quidquam e Carpzovio aliisve in hanc rem, ex jure Divino vel Romano profertur, idoneae probationis; quatenus reputatio gloriae inanis, sine ullo vitae periculo, non potest sufficere ad aperiendam fenestram creberrimis duellis, quibus optimus sanguis in media pace hauriatur. Si verbalis, aut realis injuria gravis provocationi accedat, omnino dicendum, extraordinariae remissioni locum esse debere, per *l.* 38. §. 8. *D. ad L. Jul. de Adult.* convitia sola sine provocatione non sufficiunt, ut recte probat Carpzov. *d. l. Q.* 30. *n.* 68. *et seqq.* Ne quidem ad evitandam poenam ordinariam, nisi gravissima sit contumelia, et ex continenti iratus, pugna aequali, non ex insidiis, aut post intervallum, caedem commisserit, ut idem *n.* 72. *et seqq.*

10. Hactenus de causa; sequitur de Excessu moderaminis inculpatae corporis Tutelae, ratione modi, supposita sufficiente causa periculi vitae. Ad hunc articulum pertinet regula, quod defensio non sit inculpata, nisi quatenus periculum vitae aliter evitari non potest *l.* 45. §. 4. *ad Leg. Aquil.* Proinde si quis adversarium aliter quam occidendo propulsare potuerit, occidere autem maluerit ira incitatus, is hunc committit excessum, cujus rei dijudicatio a circumstantiis pendet. Plane si constet invasum sine periculo fuga sibi consulere potuisse, et defendere se, aggressoremque occidere maluisse, recepta est sententia ab omnibus gravitatem Christianam professis auctoribus, committi excessum moderaminis inculpatae Tutelae; mitius licet extraordinem puniendum. Et quidem in locis, ubi sine gravi dedecore non licet fugere, quemadmodum

* Idem etiam constituit Serenissimus Rex noster in Edicto Duellico, *de An.* 1712. §. 37. *seq q.*

militibus ubique et Nobilibus, in quibusdam regionibus etiam quibusvis, fuga tanto pudori imputetur, ut qui invasorem vir virum fugit, inter honestos versari nequeat; ubi sic est, hujusmodi excessus videtur impune transmitti posse. Mores autem ejusmodi et instituta hominum, a Lege Christi tam aliena, reprehendi merentur, et bonis Legibus emendari debent: Civibusque inculcandum, non esse plus dedecoris, homines tam insanos fugere, quam canes rabidos; fortitudinis in justo pioque bello esse locum. Plane quidem in id etiam facile consensum est, non teneri invasum ad primum ictum exspectandum, quando facile ex eo interire possit; nec etiam ad hoc, ut armis utatur paribus. Etenim quando quis vere in vitae discrimen adductus est, nulla ratio salutis expediendae prohibita est. Sed qui sine armis invasus, aut sine ejusmodi instrumento talique gestu et apparatu, ut vitae membrive mutilandi periculum inde reformidari nequeat, arma strinxit invasoremque interfecit, excessum moderaminis committit, ut forte nec semper extraordinariae locus sit poenae dandae; non si nihil quam colaphum amoliri volens; aut jam passus, hominem interfecit: etsi aliter Carpzov. *Qu.* 30. *n.* 38. Cum enim tralatitium et quotidianum sit, os depalmari, colaphos impingere, non potest ferre salus humani generis, ut ideo caedes admissae levi poena transmittantur, ne dicam id omnium minime ferendum in Republ: cui non omnino sit exempta memoria summi Praeceptoris Christi. Nec quidem aliud statuendum jure naturae. Cum enim hujus summa sit regula, conservare societatem humanam, cui haec res est inimica, non potest ei non adversari; ut haetenus Coverruvias merito e Grotio reprehenditur, *d. cap.* 1. *n.* 10. Sed forsitan haec observatio ad articulum praecedentem de causa pertinet. Huc sine dubio refertur, quando invasus alium quam invasorem, forte, vel bono consilio intervenientem, sui defendendi, vel fugiendi causa interfecit: est enim excessus, sive destinato, sive inconsulto fiat. Si hoc, nulla poterit esse poena, sed est excessus per casum fortuitum; si consulto, videndum, an nullo modo aliter evitari quiverit periculum. Si nullo modo, res tamen illicita esse videtur, innocentem nostra causa perdere, maxime secundum jus Evangelicum, ut censet Grotius *d. cap.* 1. *n.* 4. Sed judicialis poena, si absque tali caede salvus esse non potuerit invasus, infligi non potest, ut recte Carpz. *d. l. Qu.* 29. *n.* 54. Si quid hac parte culpae, sine dolo, commissum videatur, poenae locus erit alicui extraordinariae, judicis arbitrio. Carpzov. *ibidem.* Plane ex Lege Aquilia tunc dari actionem, non est dubium *l.* 45. §. 4. *Ad Legm Aquil.*

Postremo ad excessum in *modo* pertinet etiam, si quis invasore volente recedere, atque petente ut a pugna desistatur, invasus nolit, verum instet irritatus et invasorem poenitentem conficiat, quem excessum, poenae expertem esse non debere, manifestum est, ordinariae tamen nequaquam: exigendum enim non est ab humana imbecillitate, ut in periculum vitae adductus, in arena tam valide sibi temperet, quatenus constat, eos, qui reluctante licet animo pugnae se primum commiserunt, in progressu θυμοῦ ῥέοντος, ita plerumque incendi, ut se amplius in potestate non habeant, quo pertinent, quae Carpzov. habet *d. Qu.* 29. *n.* 26. *et seqq.* Quid autem, si invasor poenitentiam et oblationem suam videns sperni, defendentis personam induat, atque cessim, attamen urgente altero, cum aliter non posset, adversarium occiderit? Non videatur hac sera et inutili poenitentia ordinariae poenae se eximere posse per ea, quae habet idem Carpzov. *d. Qu.* 29. *num.* 43. *et seqq.* Non eadem est ratio provocati, si hic sponte secutus in duellum, se praelio absque necessitate commisso deinde subducere cupiat, neque possit, altero violentius instante; si tum se defendendo, percusserit adversarium, ab omni quidem supplicio liberare se non potest; ab ordinaria tamen et provocationis insultatio et moderatio in pugnando eum excusare videntur; Idque sine dubio sentiunt communiter, satis justo, ex iis quae Carpzovius habet *d. Qu.* 29. *num.* 75. *et seqq.* *et Qu.* 30. *num.* 43. *et seqq.* ubi eandem poenae mitigationem statuit habere locum, si quis jam fugientem insecutus percusserit. Quod ut in genere verum sit, in hypothesi tamen, cum minima circumstantia variet jus, prudenti judicis arbitrio committenda res est; quo nomine reprehensus est a Curia nostra Advocatus celebris, qui Studioso, cujus exemplum ad hanc observationem spectans modo retulimus, patrocinabatur, et nimis libere, non posse eum capite puniri, quod tamen accidit, praejudicaverat.

11. Superest excessus moderaminis inculpati, ratione temporis, ad quem articulum pertinet haec regula, moderamen defensionis ita esse inculpatum si fiat *incontinenti.* Nam qui periculo transacto caedem committit, utique non est in ea causa, ut aliter se tueri non possit, quod est requisitum justi moderaminis *d. l.* 45. §. 4. *l.* 3. §. 9. *vers. sed hoc confestim, non ex intervallo. l.* 17. *de Vi et Vi arm.* Quid sit incontinenti, mirifice variant Interpp. dum alii triduum, alii decem dies, alii duos, tres, vel quatuor menses intelligunt, et textibus firment, ut refert Carpz. *Crim. Qu.* 31. *n.* 11. *et seqq.* Optime Graeci: ἐν τῇ συμπλοκῇ, in ipso conflictu; antequam partes sint digressae. *l.* 7. §. 5. *de Pact.* Quicunque

igitur fugientem, vel arma tradentem, aut abjicientem, aut etiam exutum armis interficit, non servat inculpatum moderamen; multo minus, si ex intervallo, licet actus alius non intervenerit, ut probat Carpzovius *d. Qu.* 31. *n.* 17. *et seqq.* contra Caepollam et Mascardum, qui moderamen inculpatum vocant etiam, quando invasus ivit domum et arma inde petiit, ut in relato superius exemplo Studiosi, aut fecit *practicam*, ajunt, *colligendi amicos*, quod si liceret, bella in civitate committerentur. Verum quando ob excessum temporis ordinaria poena cesset vel non, res pendet ab hac summa distinctione: Doloris et ira justae calore, an vindictae studio post periculum, caedes peracta sit. Et plerumque praesumendum est, si facta sit caedes immediate post congressum, antequam partes adhuc divulsae fuerint, etsi fugiat, vel arma tradat invasor, non tam vindictae studium, quam difficultatem moderandi calorem juxtum adfuisse, tametsi generosus animus statim ac adversarium in potestate sua esse videt, reprimitur, et supplicem exequi crudele arbitratur; si tamen in causa et in modo servata sit ab invaso inculpatae tutelae moderatio, propter hunc excessum ordinaria poena non videtur adficiendus. Aliter forte, si causa moderaminis inculpatae Tutelae non adfuerit, ut si quis post verbera sibi inflicta abeuntem letaliter percusserit, sicut ancilla superius commemorata, quae eum vapulasset, insultatorem digressum, in plateam persecuta, caedem commiserat. Etsi varietas circumstantiarum infinita necessarium juris arbitrium faciat. Carpzovius idem existimat, si quis post horam dimidiam a transacto et sedato conflictu, invasorem occiderit, ac ita judicatum a Lipsiensibus suis refert, de homine, qui Aggressorem post horam a conflictu dimidiam, stans post januam et observans eum, interfecerat. *d. Qu.* 29. *num.* 33. Quod ego nostris Justitiae vindicibus non putarem placiturum; caede praesertim malo more ex insidiis animoque deliberato facta, vindictae studio manifesto; Non videtur haesitandum, quin tali casu ordinariae poena sit locus: etiam, si quis post longius spatium, et maxime si quis post rem transactione sopitam, licet non ex insidiis, invasus Aggressorem interfecerit.

12. (f) Quantum ad personas attinet eorum, qui caesi dicuntur, parum interest, qualis homo qualem hominem occiderit, liberum an servum. *l.* 2. *et l.* 11. §. 1. *et* 2. *D. h. tit.* Et gentium Leges, quae discrimen hactenus inter Nobiles et plebejos statuunt, admodum emendationis egent. In moderamine inculpatae Tutelae nihilo magis differentiae locus est. Adversus Principem autem Supremum quid liceat hac parte, juris privati rationes excedit. Denique non modo tutius, sed et verius est, Principis invadentis personae esse parcendum. Grot. *d. c.* 1. *n.* 9.

(g) Sunt sane, qui impune occidi possunt; nempe transfuga, *l.* 3. §. *ult. D. h. tit.* desertor militiae, *l.* 2. *C. Quand. lic. unic. sin. jud. vind.* latro et nocturnus grassator in agris, *l.* 1. *C. eod. l.* 2. 3. 4. *C. h. tit.* quin et fur quicunque alius, seu diurnus, seu nocturnus, si telo se defendat, parcique ei sine periculo non possit, *l.* 9. *D. h. tit. l.* 4. §. 1. *D. ad Leg. Aquil. l.* 54. §. *Furem.* 2. *D. de furt.* adulter, juxta *l.* 20. *et seqq. D. ad Leg. Jul. de adult.* raptor mulieris, *l. un. vers. ne igitur C. de rapt. vir.* stuprator, qui vim adhibet, *l.* 1. §. *pen. D. h. tit* hi omnes impune occiduntur.

SCHOLIUM.

Imo ne impune saltem, sed etiam ex his aliqui juste. Scilicet, si lex praemium ponat, vel factum laudet, ut in interficiendo desertore militiae, juste agis, et tanquam executor voluntatis publicae; sin indulgeas saltem affectui tuo, impune quidem ages, at injuste, si adulterum interficias.

RESPONSIO.

Non sumpsimus hic τὸ impune cum oppositione ad justitiam, sed impune fieri diximus ejusmodi caedes, ob remotionem poenae capitalis: indiscrete, per justitiam an remissionem poena Legis cessaret. Hujus enim rei dijudicatio magis ad philosophiam pertinet, nec hujus est loci.

N. AUDIT.

Ergo Auctor a me non dissentit. Neque observatio mea ab hoc loco aliena est. JCti enim, cum veram philosophiam profiteantur, observationes et explicationes ex principiis philosophiae moralis vel Juris naturae petitas, a se nequaquam alienas esse arbitrari debent.

Inter eos, qui impune occiduntur collocari solent rei criminum, qui Lictoribus, ne capiantur, resistunt: Nam fugientes satis convenit occidi non posse, nisi admodum Reipubl. intersit non evadere delinquentem. Quod si resistat, multi existimant indistincte reum interfici posse, de quibus Wissenb. ad *tit. de Custod. et exhib. reor. th.* 25. Sed verius est, id non aliter licere ministris, quam si manifestissimum sit, Reum mortem esse meritum, aut judice Supremo id specialiter injungente, cujusmodi mandatum in nostra Curia datum memini, cum duo ad poenam morti proximam damnati, effracto

(f) *Pos.* 7. (g) *Pos.* 8.

carcere se proripuissent, a quibus multum mali non sine causa metuebatur. Imperatum est substituto Procuratoris Generalis, ut si quidem vi se defenderent, nec aliter eos in potestatem redigere posset, sclopis illos impetere liceret: non aeque tertium, qui furti damnatus, operis publici tempus ferme absolverat. *d.* 9. *Jul.* 1681. Hactenus quidem Judici integrum est; verum Edicto cuilibet hominis necandi potestatem facere ut adversus alterum ex illis maleficis paulo post ab Ordd. Frisiae decretum est, id non est judicis neque meri imperii, sed ad jus vitae et necis, summamque Reipubl. potestatem pertinet. Caeterum, si dum Lictores in hoc sunt, ut reos criminum capiant, accidat, ut imprudenter eos interficiant, ordinariae tamen poenae non subjiciuntur, sed mitius extra ordinem plectendi sunt. Quin etsi destinato, dum capere eos conantur, occidant, ordinariae tamen poenae non esse locum, visum est Curiae nostrae in causa: Lictor a Praetore Smallingerlandiae missus, ut quosdam errones maleficos caperet, unum ex illis, *sclopum* humeris gestantem, sclopeto suo percussum occiderat. Ipse factum negabat, sed ad torquendum satis erat argumenti. Verum, quia sic erat opinio, Reum etsi confessum, plus tamen poenae quam relegationis pati non posse; visum non est ad tormenta procedere, teste D. Nauta relatore in *Decis. Ms. d.* 11. *Jul.* 1636.

13. (b) Postremo repetemus, quod alias dictum; Poena legis Corneliae fuit deportatio, et omnium bonorum publicatio: postea honestiores quidem deportari, humiliores capite plecti coeperunt. *l.* 3. §. *pen. D. h. tit.* Justinianus vero in §. 5. *Inst. de publ. jud.* tantum gladii poenam proponit, eaque hodie utimur. Praeter hanc poenam capitalem, Saxonico, et aliarum gentium jure, mulcta constituta est in homicidas, qui capite puniri non possunt, quam *Woergold.* appellant, nostrates een *mansboete.* Saxones habent nimis modicam pro veteri paupertate, viginti thalerorum, sine discrimine personarum, nisi quod pro foemina dimidium solvitur. Carpz. *Cr. Quaest.* 34. In nostris Statutis *lib.* 2. *tit.* 3. *art.* 1. civilis mulcta homicidii definitur trecentis florenis majoribus, qui faciunt Imperiales CLXVIII. etiam sine discrimine personarum, ne sexus quidem exclusa differentia: textus enim simpliciter loquuntur. Pro Fisco dimidium praedictae summae solvitur. *d. art.* 1. Fiscalis illa mulcta exigitur, quando reus se fuga subduxit ex bonis homicidae, sed restituitur deductis impensis, si reus deinde sit absolutus, vel condemnatus ad mortem. *d. tit.* 3. *art. ult.* Quid si extraordinaria poena sit affectus, relegationis aut simili, an etiam tum mulcta civilis restituetur? Non videtur, per verba *si condemnetur ad mortem.* Quod si reus ab initio capiatur, haec mulcta fiscalis non exigitur; utique si absolvatur, vel capite plectatur. Si extra ordinem punitus sit, propter homicidium non dolosum, mulcta videtur habere locum, quia exacta non redditur, ut dictum: Ergo potuit ac debuit exigi.

Quid autem de mulcta trecentorum florenorum, quando et quibus illa debetur? Lex ita ait; *Pro civili mulcta homicidii solvetur summa trecentorum florenorum. Et Fisco dimidium.* Non addit, quando et quibus. Sed τὸ quando colligi potest ex eo, quod de mulcta fiscali traditur in §. *ult.* Non debetur in casu absolutionis vel condemnationis ad mortem: sed in casu homicidii non dolosi, et poenae alicujus extraordinariae corporisque non adflictivae exigi potest, per ea quae Carpzov. habet. *d. Qu.* 34. *n.* 42. Quibus debeatur, ex natura negotii et oppositione Fisci colligendum; scilicet illis, ad quos injuria et sensus calamitatis maxime pertinet, qui sunt proximi agnati et cognati, (jure Saxonico soli agnati vocantur) nec haeredis titulus videtur esse necessarius, si quidem interfectus forte non habeat haeredem; Cum enim in solatium et satisfactionem proximorum, ad quos pertinet caedem persequi, haec mulcta sit reperta, qualitas haeredis deficiens hanc rationem non evertit. Verum si occisus habeat haeredem extraneum et testamentarium, hic praeferendus videtur, quatenus ad hunc officium vindicandi necem defuncti pertinet. *l.* 1. *et t. tit. de SC. Silan.* Quanquam enim hoc vindictae officium hodie forte non sit necessarium, ad neminem tamen proprius quam ad haeredem pertinet. An vero nec hodie teneantur haeredes ad vindicandam defuncti necem, sub poena *indigni*, disquiritur. Adfirmat Heigius 2. *Quaest.* 34. Negat cum plerisque Carpzovius *d. Qu.* 34. *num.* 74. Mihi non videtur abs re Heigius; si casum ponas, qui ponendus est, quando quis domi suae morte violenta sublatus est. Haereditatem enim adire sine ulla persecutione tanti sceleris, haeredem conscientiae suspectum redderet. Denique, si plures homicidium commiserint, singulos ad solidam mulctam teneri, verius est, etiam in hoc casu, quando non constat cujus ictu perierit. *arg. l.* 11. §. 2. *D. Ad Leg. Aquil. l.* 34. *de injur.* Carpzov. *d. Qu.* 34. *n.* 31. *et seqq.*

14. Porro Lex Cornelia de Sicariis junxit Veneficos, *qui tam venenis, quam susurris magicis homines occiderint, vel mala medicamenta publice vendiderint.* §. 5. *in fin. I. de Publ. jud.* De susurris magicis parum creduli sunt nostrates, iis mortem aliquo male

(b) *Pos.* 9.

infligi posse: nec admittuntur hujusmodi in judiciis nostris accusationes; qua de re scribit his diebus Vir. Rever. *Balthasar Beckerus SS. Theol. Dr.* eximius, Amstelodamensis Ecclesiae Pastor; ad probationes harum rerum quidquid traditur, esse nugatorium. Nos inter rationem et antiquissimas relationes arbitrium non capiamus; nec adeo poenam susurris magicis impositam memorare habemus. Poena veneficii perfecti, capitalis haud dubie, *d.* §. 5. *in f. l.* 28. §. 9. *de Poen.* quibusdam locis vivicomburii, alibi rotae est, ut Carpzov. *part.* 1. *Qu. crim.* Apud nos strangulantur ad palum, ut plurimum, scelere perfecto. Imperfectum, cum animus occidendi eventu destitutus est, jure civili ordinaria capitis poena adficitur. *l.* 1. § 1. *et l.* 3. *in pr. h. l.* 1. *in f. D. Ad L. Pom. de part.* At hoc moribus non servatur; Extraordinaria mitior infligitur poena, ut late probat Carpz. *Crim. Qu.* 27. n. 37. et 41. Nec tamen fieri non posse putem, ut conatus ordinariam quoque poenam subeat, velut, si quis patrem matremve tollere voluerit, *d. l.* 1. *ad L. Pomp.* nec alienum videtur, eos, qui id agunt, ut venena exitiabili homines necandi animo vendant, et quasi officinam habent venenariam, capite puniri, secundum *d. l.* 3. *in pr.* qualis ille nequam in Gallia, qui Dominam Brinvilleriam de Aubray Lutetiae, pluresque alios corrupit atque ad necem proximorum instruxit; de quo in *processu* typis edito dictae *D. de Brinvilliers.* Quo majus periculum a quoque delicto, (nec potest esse majus quam veneni, a domesticis maxime propinati) tanto major exacerbatio poenae adversus conatus etiam juris rationem habet. Diximus et *supra.*

TIT. IX.

AD LEGEM POMPEJAM DE PARRICIDIIS.

I. Remissio, et quinam hac lege teneantur. II. De poena consciorum hujus criminis. III. et IV. De aliis casibus ejusdem naturae adfinibus.

(a) Parricidii vocabulum quadrifariam sumi, *ad tit. I. de publ. jud. n* 9. ubi de hoc crimine peractum est, demonstravimus. Poena culei tantum habuit locum in iis, qui cognatos lineae rectae, ut parentes et liberos, interfecerunt. Adversus reliquos sanguine et adfinitate junctos, poena L. Corneliae, modo tamen variata stringitur. §. *Alia dein de* 6. *in fin. Inst. de publ. jud.* Qui Alias personas occiderint, praeter matrem et patrem et avum et aviam, capitis poena plectuntur, aut ultimo supplicio molctantur, id est crucis, verba *l.* 9. §. 1. *h. et l. un. C. de His, qui parent. vel lib. occid.* Nempe matri, patri, avo aviaeque junguntur in iisdem gradibus descendentes, liberi, et nepotes utriusque sexus. *l. un. C. de His, qui parent. aut lib. occid.* Pater tamen, qui liberos habet in potestate non non patitur poenam Legis Pompejae, quod est vestigium veteris patriae potestatis, *l.* 1. *h. t.* ubi sola mater parricidii rea declaratur. Idque ita in matribus infantes suos interficientibus, quo crimine nullum frequentius facit impotentia sexus contra venerem et pudorem, hodieque servatur; nisi quod culeus sine comitatu canis, simae, galli et serpentis, apud nos obtinet, nec seque apud Saxones, nisi quod ibi felis, loco simiae, quandoque additur in sacco, ut testatur. Carpz. *Cr. Quaest.* 9. *n.* 26. In Avis idem servatur, ut Carpzov. *d. Quaest. n.* 42. nuperque in nostra Curia extitit exemplum, matris et aviae propter eumdem infantem ex Lege Pompeja punitarum. Quocunque autem modo matres suos infantes occidant, nihil refert; cujusmodi varios modos longa serie additis exemplis enumerat Carpzov. *d. Qu.* 9. *n.* 46. *et seqq.* quibus addi potest quod non ita pridem mater infantem ex legitimo natum matrimonio, in cisterna sub aqua tamdiu pendentem a funiculo habuit, dum suffocaretur.

2. (b) De consciorum in hoc crimine poena, maximae res dubitationis est, propter duos in hoc tit. textus; Altero conscii, licet extranei, eadem poena qua parricidae adficiuntor. *l.* 6. Altero frater, qui cognoverat tantum, nec patri indicaverat, relegatus dicitur. *l.* 2. *h. t.* Flagitant hi textus hanc distinctionem, utrum scientia nuda fuerit, an conspiratio et participatio sceleris, cum ope et consilio; quomodo conscii accipiuntur in *l.* 7. *C. de Pagan. et l.* 16. *in pr. de Poen.* Carpz. *Cr. Quaest.* 11. *n.* 44. *et seqq.* Qui tamen pro tali participatione non habet exemplum mulieris, quae adfuerat cum soror pareret quae infantem vivum in manibus habuerat, adspexerat sororem matrem, digitis in os parvoli insertis eum suffocantem, quae nec verbo, nec facto, cum facillime posset, obstiterat, quae infantem quoque mortuum in cella subterranea defoderat. Hanc, ut nude consciam, Lipsienses, laudante Carpzov. ad exilium temporale, etsi

(a) *Pos.* 3. *et* 1. (b) *Pos.* 2.

maritus ejus deprecaretur, ad carcerem aliquot septimanis damnarunt. *d. Quaest. XI. n.* 51. *et* 52. Quantum absit illud e participatione criminis, non intelligo. Nec ita Curiae nostrae visum in exemplo matris modo dictae; quae una cum filie culei supplicio adfecta est, etsi tantum ad executionem facti, quantum illa soror, non contulisset: Tamen etsi verum est matrem quoque magis ex officio auctoritatis suae ad impediendam filiam in tanti sceleris apparatu teneri, ut bene Gomez. 2. *var. Resol. c.* 3. *n.* 4. Id equidem animadvertendum est utrum conseii ex perversa quadam miseratione, ne factum revelaretur, operam dederint, an opem consiliumque adhibuerint.

3. Est etiam ut in genere poenae discrimen aliquod servandum sit, pro culeo gladius, aut ne cadaver post mortem ostentui exponatur, quod apud nos in compensationem canis, simiae et viperae, ut videtur, fit ordinario. Cujusmodi moderatio servari quoque potest, si mater infantem manu admota non occiderit, verum in sordibus suis neglexerit, ut extingui necesse fuerit, aut si infans immaturus fuerit, ut per naturam vitalis esse non potuerit. Carpzov. *ibid. n.* 28. *et seqq.*

(c) Huc etiam referri potest expositio infantium; Liberos recens natos exponere, jure Veteri erat impunitum, ut apparet ex *l.* 29. *de Manum. Testam. et l.* 16. *C. de Nupt.* juxta antiquissimum Graeciae morem, quo refer exempla Comica *passim.* Poterat Pater exponere, vel *tollere* liberos, id est alendos suscipere. *l.* 6. §. 2. *de jur. Patron.* Sublatos exponere, nefas et quasi homicidium erat. *l.* 4. *de Agnosc. et alend. lib.* Dein expositio plane prohibita, ejusque loco surrogata est venditio *sanguinolentorum*, id est recens natorum *l.* 2. *C. de patr. qui fil. suos distr.* Poena est extraordinaria *d. l.* 2. *et l. pen. C. de Patr. pot.* In Curia nostra animadversum reperio in ancillam Franekerensem, quae infantem suum recens natum Harlingae super canale ligneum deposuerat, ubi vivus repertus, et eis triduum mortuus erat. Exposita est in theatro ignominiae cum infante ligneo e collo suspenso et relegata ad quinquennium, a virgis ob recentem partum excusata, d. 21. *Octobr.* 1647. referente Nauta. De Crimine abacti partus egimus *ad t. de Extr. crim. n.* 2. de quo latius vide Carpzov. *d. Qu. XI. a princ.* Constum quoque parricidii extra ordinem puniendum, etsi jure civili poena capitis, *l.* 1. *h. t.* communiter receptum et ubique servatur. Carpz. *Cr. Qu.* 17. Idem ei infantes inveniantur mortui e partubus, quos mulieres, ut fit, celaverunt. Si quaestionem sustinent, nihilominus extra ordinem puniuntur: Virgis caesae relegantur, aut in opus publicum dantur apud nos, ut plurimum.

4. (d) Porro, sicut legis Corneliae poena mitigatur ei qui, qui stimulo justi doloris concitatus occidit; ita patri quoque poenam mitigant LL. si justi doloris vi victus filium peremerit, *l* 5. *D. h. tit.* quae causae nec filii caeterorumque respectu penitus cessant; ut in *l.* 15. *de Relig. et sumpt. fun.* Wissenbach *h. t. th.* 16. plenus Carpz. *Crim. Qu.* 12.

Possunt etiam ultra eadem Parentes ob immanem saevitiam extra ordinem coerceri. Quo modo e Curia nostra, quod memini, mater et vitricus, quia filium non modo ut mancipium duriter, sed etiam sine modo crudeliter habuerant relegati sunt anno 1681. Caeterum, quod parricidii poena dicitur esse perpetua in *l. ult. h.* id de maximo in criminalibus spatio intelligendum, quod est vicennium. *l.* 12. *C. ad L. Cornel. de Fals.*

TIT. X.

DE LEGE CORNELIA DE FALSIS, ET DE SCTO LIBONIANO.

I. Varietas hujus criminis et poenarum. II. Partitio specierum hujus criminis, et poena falsorum circa homines. III. Poenae falsorum circa res. IV. Poenae falsae monetae.

(a) Falsum est fraudulenta veritatis imitatio vel suppressio, in praejudicium alterius facta. Species ejus perquam variae sunt in *l.* 1. §. 1. 2. 4. 9. *l.* 2. *et l.* 8. *h. t.* nec minus variant poenae; quandoque deportatio, *l.* 1. §. *ult.* aliquando ad bestias, *l.* 8. quandoque relegatio *l.* 21. vel interdictio ordinis aut officii, *l.* 13. §. 1. quin aliquando pecuniaria in duplum poena, *l.* 32. §. 1. add. *l.* 8. 11. 16. 17. *pen. et ult. C. h. t.*

2. (b) In universum committitur Falsum vel circa homines, vel circa res. Circa hominem falsum committit, qui falsum partum supponit, *l.* 19. §. 1. *et l.* 30. §. 1. *hic* vel nomen, *l.* 13. *ff. et l.* 20. *C. eod.* vel testimonium falsum dicit, *l.* 1. *et l.* 20. *ff. eod.* Qui judicem corrumpit, vel corrumpendum curat. *l.* 21. *in fin. hic.* qui aliquem testari prohibet. *l.* 16. *hic.* Falsum partum qui supponit, tam mulier quam obstetrix,

(c) *Pos.* 9. (d) *Pos.* 5. 6. 8. *et et* 4. (a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 2. 3. 4. *et* 5.

poena capitali punitur. *l.* 2. *de Carb. Edict.* Ejus accusatio nullo temporis praescriptione depellitur; nec interest decesserit nec ne mulier quae partum subdidisse contenditur. *l.* 19. §. 1. *hic.*

SCHOLIUM.

Scilicet, quoad actionem civilem, conf. Wissenb. h. t. th. 11. *nam in criminali interest. Si enim supponens mortuus sit, cessat finis actionis criminalis, ut scilicet capite plectatur.*

De eo soli accusant parentes aut hi quorum interest, non quilibet ex populo. *l.* 30. §. 1. *hic.* Circa nomen committit falsum, qui dolo malo, *l. un. C. de mut. nom.* nomine vel cognomine falso, *l.* 13. *hic* aut insignibus et titulis altioris ordinis utitur. Paul. 5. *Sent.* 25. §. 11. *et* § 12. ubi Cujac. Qui nomine magistratus falsas literas proponit, aut reddit. *l.* 25. *hic.* * Qui tutor cum esset, eo dissimulato, vectigalia publica conducit. *l. un. C. ne tut. vel cur. vect.* Circa testimonium committit falsum, *l.* 1. *pr.* §. 2. qui sive falsum perhibet, sive verum malitiose tacet, et qui pecuniam pro ferendo testimonio accepisse, pactusve fuisse convincitur, *d. l.* 1. §. 1. cujus rei poena pro meritis circumstantiarum variat. Exemplum; aliquis dederat testimonium *extra* judicium in causa injuriae verbalis, dein apud judicem inferiorem contra testatus erat; apud Curiam judicio appellationis iterum, quod prius dixerat, confirmaverat; fassus se adductum esse ad secus testandum ab adversa parte promissione, operis, (textor erat) hiberno tempore locandi: infamis declaratus, et in triennium relegatus est. Alius sine corruptione pecuniaria falsum et contraria testatus, homo simplex et rustici, ad octiduum pane et aqua maceratus, ac intestabilis declaratus est, uterque, *d.* 3. *Martii* 1681.

3. (c) Falsum quoad res committitur circa monetam, *l.* 1. 2. 3. *C. de fals. mon* scripturam, *l.* 1. *et l.* 16. *hic.* mensuram, *l.* 32. *eod.* et alias res, puta leges et constitutiones. Circa scripturam falsum committit, qui scripturam sive publicam sive privatam abolet, radit, immutat aut alio modo, quo minus veritas appareat, facit. *l.* 1. *l.* 16. *l.* 23. *et l.* 33. *etc. hic.* Qui legatum vel haereditatem sibi in testamento alieno adscribit. *l.* 1. *l.* 4. *l.* 5. *l.* 11. *l.* 12. *l.* 17. *l.* 18. *et l.* 22. §. 1. *hic.* Hae species infamia, privatione cinguli, exilio quandoque etiam capite puniuntur. *dd. ll. et moribus hodiernis.* Circa mensuram falsum committit, qui injusta mensura, pondere, bilance utitur, *l.* 32. §. 1. *hic.* ubi poena relegationis, et dupli pro eo cujus interest. Moribus extraordinaria; plerumque apud nos infamia et inhabilitas, exemplis obviis. Quandoque gravior, ad capitalem usque, uti res sunt.

4. (d) Circa monetam falsum committit, qui veram cudit, cujus ipsi non est potestas, *l.* 1. *et l.* 2. *C. de fals. mon.* qui eam radit, diminuit, *l.* 8. *hic.* qui in aurum quid vitii addit, *l.* 9. *eod.* qui adulterinam monetam conficit, *d. l.* 9. eam sciens dolo malo expendit, *d. l.* 9. *l.* 1. *l.* 2. *et l.* 3. *C. de fals. mon.* qui cum prohibere tale quid posset, non prohibuit. *d. l.* 9. Principale crimen vivicomburio punitur. *d. l.* 2. Domus ob negligentiam domini publicatur. *d. l.* 1. *et* 2. *C.* Poena tam atrox est, quia simul crimen Majestatis committitur, siquidem jus cudendae monetae est e minoribus summae potestatis juribus. Poena tamen vivicomburii ** moribus humaniorum gentium fere est abolita, ac in poenam gladii conversa. Adjutores, et Erogatores nummorum falsorum, mitius extra ordinem, pro meritis circumstantiarum, habentur. Carpzov. *Quaest. Crim.* 43. Vide quae *ad Instit. tit. de Publ. Jud. n.* 10.

TIT. XI.

DE LEGE JULIA REPETUNDARUM.

I. Quinam in hanc Legem incidant, ubi de venditione munerum publicorum. II. Exceptiones, quatenus aliquid donare licet Magistratibus. III. Poena delicti.

(a) Crimen Repetundarum ita dictum est, a pecuniis *repetundis*, quas Magistratus, et quicunque in aliqua potestate vel officio publico sunt, accepere, quo magis aut quo minus facerent officium suum *l.* 1. 3. 4. 6. 7. *et l. ult. h. t.* Nomen petitum est ab eo, quod praecipue

(c) *Pos.* 6. 8. *et* 9. (d) *Pos.* 7. (a) *Pos.* 1.

* Impiimis falsarii mendicantes, qui incendii, morbi, deteriorationis aut similis casus infortunium simulant, et in hunc finem literis et sigillis alienis abutuntur, in Saxonia fustigationis et relegationis perpetuae poena plectuntur, ubi pecuniae quantitas collectae non attenditur, ut docet, et multis praejudiciis firmat Carpsov. *Crim. Quaest.* 92. 5. 72.

** Ita quoque consuetudine Saxonica haec poena tantum locum habet in eo, qui falsam monetam cudit et expendit, Carpzov. *P. Crim. Qu.* 42. *n.* 31. *seqq.* non in eo, qui format vel expendit, ex quibus hic fustigatur, ille gladio punitur. Carpz. *l. c. n.* 91. *seqq.* Multo minus ignis supplicium moribus nostris in eos statuitur, qui monetam auream vel argenteam resolvunt, licet Edicto Monetali Ferdin. *in R. I. d. an.* 1559. § *Wir. ordnen.* 17. ita constitutum sit Carpz. *d. l. qu.* 43. *n.* 51.

n hoc crimine propositum est ut pecuniae repetaetur atque reddantur iis, ad quos pertinebaet ut Asconius *in* 2. *Verrin.* testatur. Idem patet ex *l.* 1. *C. h. t.* quae docet etiam, Magistratus quoque teneri ex eo, quod comites et ministri illorum acceperunt, pecuniarie scilicet. Nec tantum ante, sed neque post officium peractum quidquam capere licere, satis liquet e ratione, quod tum lex facile posset eludi, atque e textibus in *l. ult. C. h. t.* ubi; *neque daturos unquam fore*. Item, *post depositum officium*. *l.* 4. *D. eod. l.* 1. §. 1. *de Calumniat.* Propter eamdem rationem emptiones praesidibus et judicibus interdicuntur. *l. un. C. de Contract. jud. l.* 6. §. *ult. de Off. procons. l. pen.* §. 1. *h. l. ult. C. eod.* Porro ex eo quod tam tenentur, si acceperint quo *magis*, quam in id quo *minus* facerent officium, recte colligitur, eos aeque si bene quam si male fecerint, judicaverint, teneri. *l.* 4. *h. l.* 2. §. *ult. de Condict. ob turp.* Proinde cum venditio publicorum officiorum, quae a Magistratibus conferuntur, vel maxime ad hanc legem pertineat, non minus tenebuntur, qui honores et officia contulerint in idoneos quam in indignos. *d. l. ult. C. h. t.* Sed haec pars criminis repetundarum contage temporum valde exinaeite est ut nusquam fere puniatur: sane quatenus summae potestates ipsae officia honorum pretio vendunt, hoc crimen non esse crimen, satis constat. *l. un. in pr. D. Ad L. Jul. de amb.* Verum Magistratus id agentes, non modo injuriam faciunt virtuti et Republ. quod etiam Principes peccant; sed insuper vendunt res alienas, quarum non proprietas, sed administratio ad illos pertinet. Quando tamen hoc genus corruptionis *seculum* vocatur et ex earum rerum numero est, quae semper vetabuetur, semper admittentur, apparetque institutum inane, si quis populus hoc institutum legibus aut jurisjurandi formulis eradicare velit; non est ambigendum, quin rectius consulant, qui singulis honorum officiis civile pretium, quod in aerarium inferatur, imponunt; quo saltem si virtuti meritisque suus honos haberi nequeat, pecunia ad eum, cujus est res vendita, perveniat. In Legatis tamen, qui etiam sub hoc crimine comprehenduntur, *l.* 1. *in pr. h.* nostro seculo soloque, per annos viginti et amplius servatam vidimus Legem rigidissimam, ne donum, munus, aut xenia, legatis accipere liceret; donec id aliquando rursus in diversum invaluit.

2. Excipiuntur alioqui xenia, id est esculentia et potulentia, quae Magistratibus et Legatis, semper accipere licuit, sub moderatione prudentiae decora, quae praescribitur in *l.* 6. §. 3. *de off. Procons.* Excipiuntur etiam exceptae personae, a quibus in infinitum accipere licet, ut habetur in *l.* 7. §. 1. *h. t.* Sunt autem exceptae personae, omnes cognati usque ad consobrinos *inclusive*, *juxta* uxorem, *l.* 1. §. 1. *h. t.* Quid autem hoc, *in infinitum*? Et quorsum illa exceptio a Lege repetundarum? An igitur ab exceptis personis capere licet Magistratibus, quo magis aut quo minus faciant officium suum? idque in infinitum? Ita memini fuisse qui serio contenderent, et consecutio regulae atque exceptionis in *d. l.* 1. *et d. l.* 7. ita ferre videtur. Sed absurda res est, in cognatis licere scelera exercere, quae non licent in extraneos (b) Accipienda est exceptio de xeniis, quae a cognatis sine mala suspicione capere fas, *in infinitum*, hoc est incerta et illimitata quantitate, quae respectu aliorum limitatur, uti ne plus doni vel muneris in anno accipiat Magistratus, quam quod sit aureorum centum. *l.* 6. *in fin. h. t.* Haec quantitas satis indicat, illam exceptionem de majoribus pecuniis non esse intelligendam, idemque evidentius inde colligitur, quod uxor inter exceptas personas numeratur, quam viro nihil, unde pauperior ipsa, locupletior ille fiat, donare posse constat ex *tit. de donat. int. vir. et ux.* Quod igitur de exceptis personis Legi Juliae Repetundarum subijcitur, non tam est exceptio, cum non habeat eosdem cum regula terminos, quam limitatio prohibitionis, ne quid accipiant Magistratus.

3. (c) Poenam hujus delicti habuimus ad *Instit. d. loco*, scilicet extraordinaria, ut et ad mortem adsurgere possit. *l.* 7. §. *ult. h.* Praeter quam est pecuniaria in quadruplum, *l.* 1. *C. h.* quae et specialiter in venditores munerum publicorum statuitur, *l. ult. in fin. C. eod.* quadruplo inter accusatores et fiscum dividendo. *l.* 3. *C. de Adsessor.* Sed ἀπροσδόκητον, quod haec quadrupli poena transit ad haeredes, *l. ult. ad L. Jul. pecul.* quod alias fieri negatur, ut §. 1. *I. de Perp. et temp. Act.* Est hoc singulare publicis judiciis: quasi ipso jure commissum Poenae, vivo delinquenti inflictum, haeredes per consequentiam affligat, ita ut in publicatione bonorum. Moribus haec poena variat. Nundinatoribus officiorum honoris, apud nos poenam infamiae et *inhabilitatis* lex minatur, Edictum *d.* 3. *Mart.* 1547. Sed, ut dixi, *corrumpere et corrumpi seculum vocatur*, ut jam olim Tacitus dixit, Lex est, sed in tabulis recondita; Qua de re queri, valde otiosum ac inutile fuerit. Dicat *Horat.*

Quid tristes querimoniae,
Si non supplicio culpa reciditur?
Quid leges sine moribus
Vane proficiunt?
Quis veterem audeat
Refrenare licentiam!

(b) *Pos.* 5. (c) *Pos.* 2. *et* 3.

TIT. XII.

DE LEGE JULIA DE ANNONA.

(a) In hanc legem incidit, qui per illicitas artes fecit ut annona fieret carior, cujus poena *viginti aureorum* statuitur in *l.* 2. §. *ult. h. t.* Mirum est adeo levem placuisse poenam criminis, quod Romae inprimis fuit periculosum, cum propter immensam populi multitudinem, tum quod Italia praediis impleta voluptariis, minime tantum frumenti, quantum alendis hominibus requirebatur, proferret; Africa et Sicilia non immerito horreis populi Rom. appellatis. Hinc qui Ægyptum tenebat, unde subvectio, Italiam fame strangulare poterat. Quoties autem ventis et tempestatibus fieret, ut naves diutius arcerentur ab Italia, saepius ad extremam ventum est egestatem, et Neroni inexpiabilis orta est invidia, quod in ejusmodi fame publica, naves Alexandrinae harenam luctatoribus aulicis attulissent. *Suoton.* Et tamen is, qui naves, nautasque dolo malo retinet, dumtaxat eadem aureorum 20 poena teneri dicitur *l.* 2. §. 1. Sed addendum, quod *l.* 6. *pr. de Extraord. crimin.* docet, aliquando Dardanarios (sic appellantur annonae insidiatores, forte ab aliquo nequam, cujus meminerit Apul. et Tertul. aut nationis Dardaninae) relegari, et humiliores in opus publicum dari: adeoque praeter pecuniariam poenam, extraordinaria pro meritis circumstantiarum infligitur, cui mores hodierni consentiunt, etiam nostra Statuta *lib.* 2. *tit.* 6. de Monopolio, quod est annonae flagellandae medium, de quo nos egimus ad *tit. do serv. oxport. parte Praeced. pag.* 518. *n* 3. nec minus aliarum gentium Leges, de quibus A. Matth. *ad h. tit. cap.* 2. Caeterum, in aliis Romana lex Dardanarios praecipuo jure persequitur, quando accusatores ejus admittuntur etiam mulieres, milites, famosi, et servi dominos suos deferentes. *l.* 1. *et l.* 3. §. *ult. h. t. l.* 13. *de Accusat.*

N. Addit.

In positionibus addiderat Auctor: Constitutione Car. V. capitalem esse poenam, art. 113. Const. Crim. *Sed cum adnotassem,* in d. art. 113. *non coerceri crimen annonae, sed falsi speciem illam, quae circa mensuram committitur,* (*de qua ipse auctor* posit. ult. ad. L. Corn. de falsis *egerat*) *eam positionem hic expunxit.*

TIT. XIII.

AD LEGEM JULIAM PECULATUS, ET DE SACRILEGIS, ET DE RESIDUIS.

I. Peculatus a quibus committatur. II. An committatur in rebus civitatis. III. Poena peculatorum. IV. De Sacrilegio et ejus poena. V. De crimine Residuorum.

Tria crimina prae se fert haec Rubrica. Peculatus nihil est aliud, quam *Furtum pecuniae* (unde nomen) *publicae*, ut Festus definit; *non ab eo factum cujus periculo fuit*, ut sunt qui pecuniam suo periculo conduxerunt trajiciendam, et quicunque pecuniae publicae custodiam, hac lege ut tantundem restituerent, acceperunt. *l.* 9. §. 4. *h. t.* Tales enim simpliciter ad restituendam eamdem pecuniae summam, vel quantitatem aliam conveniuntur. Hujus legis argumento absolutus est aliquando minister cujusdam collegii in Frisia, qui a Provincia suppeditationem cespitum ustilium et candelarum pro certa pecuniae summa, in usum ejus collegii receperat. Arguebatur candelas et cespites publicos aliis impertitus esse, hoc nomine, praepropero judicio accusatus et ab officio remotus; Curia vero suprema deinceps absolutus est, inquam, etsi de facto constaret. Quod si custodia ad aliquem cum praestatione culpae dumtaxat, non omnis periculi, spectet: aut si is, qui de periculo tenetur, solvendo non sit, jam is sine dubio peculatus tenetur, et gravius quam caeteri, quo facit, quod Magistratus et Administratores publicarum pecuniarum, supplicio capitis adficiuntur, ut diximus ad *tit. I. de Publ. judic. n.* 12. ex §. 9. *d. tit. et l. un. C. de Crim. pecul.*

2. (a) Civitates aliaeque universitates jure privatorum uti, constat, et saepius auditum. Qui bona civitatum abusive publica dicuntur, cum sola, quae Romani aut alterius liberi populi sunt, pro publicis habeantur. *l.* 15. *de V. S.* Hinc is, qui pecunias civitatis subripuit, furti reus est, non peculatus accusari potest, *l.* 18. *de Furt.* sed huic accusationi,

(e) *Pos.* 1. (e) *Pos.* 3.

quae Papinianum habet auctorem, refragantur Caesares Trajanus et Hadrianus in *l.* 4. §. *ult. h. t.* ubi et hoc jure nos uti testatur Marcianus, ut in re civitatis sit peculatus. Papinianus tempore posterior est illis Caesaribus, Marcianus Papiniano aequalis et posterior. Vixit enim sub Alexandro Severo, Papin. sub Caracalla cecidit. Tempore igitur Papinianus vincere non potest; auctoritate nihilo magis, contra duos Caesares et Jurisconsultum. Quanquam enim Theodosius et Valentinianus constituerunt, ut ejus partis praecedat auctoritas, in qua excellentis ingenii vir eminent Papinianus, tamen ita visum est iisdem, ut singulos quidem vincat, cedat autem duobus. *l.* 1. *C. Theod. de Respons. Prud.*

3. (b) Poenam habuimus aliam, scil. deportationem, et aliquando capitalem, §. 9. *I. de publ. jud.* utique si dolus adsit: negligentia mitius *punitur :* In Curia Frisiae vir nobilis Quaestor Provincialis, qui per nimiam socordiam a scriba ingentem pecuniae vim passus erat auferri, ab officio remotus est, etsi a Procaribus in carcerem conjectus. *d.* 23. *Jul.* 1637. Postea quidam Janus Lucas, famulus Secretarii praefectorum aerarii, qui jussu Domini falsis nominibus pecunias ex aerario abstulerat, ut tamen de ipsius mala scientia non aeque constaret, ad tempus relegatus est, ante *ferias Canicul.* 1680. Dominus ejus fuga se subduxerat; ex rigore legis uterque fraudis convictus capitis tenebatur, ut dictum *ad Inst.* De pecunia surrepta, tenentur etiam haeredes peculatorum. *l. ult. h. t.*

4. (c) Alterum crimen est Sacrilegium, quod est Furtum rei sacrae vel publicae. *l.* 9. §. 1. *h.* Sacrum, id est consecratum, qualia plerumque in templis sunt. Unde locus facere dicitur improprie, ut res sacra sit, *l.* 16. §. 4. *de Poen.* quia vasa et instrumenta ejusmodi in aliis locis profana sunt, ut plurimum. Noli autem credere, privatas res in aede sacra depositas fieri sacras, id enim secus est, *l.* 5. *h. t.* nec id arguit *d. l.* 16. §. 4. ut quidem videtur, etsi alia loca videantur contraria, ut A. Matth. *ad h. t. c.* 5. *a pr.* Poena sacrilegii capitalis est *d. l.* 9. *pr. et l.* 6. *eod.* Quia vero consecrationes ex simplicitate Evangelii non fiunt amplius, nec adeo proprie loquendo res sacras habemus, praeter verbum Dei et sacramenta quae dicuntur, ut reliqua sint quasi sacra, quemadmodum probavimus ad *Instit. tit. de Rer. Div. pag.* 106. sequitur, etiam proprie nullum amplius dari sacrilegium; sed *quasi tale*, qua tamen parte secus tenent, quicunque Romana sacra profitentur, eaque Thomasius consentit *ad posit.* 2. *h. t.* sed diximus *in loco citato.* (1) Impropria igitur sacrilegia sunt hodie Furta rerum piis usibus destinatarum, quales sunt eleemosynae; quarum fures gravius equidem puniuntur, quam qui res alias abstulerunt; Plane, sicut sacrilegium latiore vocis usu sub peculatu comprehenditur, *l.* 9. §. 1. *et* 2. *h. t.* ita nihil vetat, fures rerum quasi sacrarum hodieque sub peculatoribus complecti: quin res illae ad cultum publicum spectant, eoque referendae sunt etiam eleemosynae;* quae ad publicos usus pauperum alendorum, in publicum redactae sunt. Ac ideo sic statuendum est; Rerum ad Ecclesiam spectantium furta, pro peculatu esse habenda, eodemque fere modo punienda, hoc est extra ordinem, pro modo facti, et aliquando personarum. Accidit in quadam civitate Frisiae, ut Pastor Ecclesiae Diaconis opem ferens in secernendis diversis generis pecuniis, bonam partem subduceret. In quo flagitio ἐπ' αὐτοφώρῳ deprehensus, et adhuc ausus conciunari, deinde captus, et tamen defunctus est gravi mulcta exilioque perpetuo. *anno* 1643.

5. (d) In Rubrica est adhuc crimen Residuorum, quo tenetur, qui pecuniam publicam in aliquos usus delegatam retinuit, neque in eos adsumpsit, et mulctatur tertia parte amplius quam accepit, *l.* 4. §. 4. *et* 5. *h.* et is, apud quem ex locatione, emptione, aliave causa, pecunia publica resedit, *l.* 4. §. 3. si apud aerarium eam non est professus, vel si professus, retinuit ultra annum. *l.* 9. §. *ult. h.* Quominus tamen et huic poena gravior extraordinaria infligi possit, dubium non est, ac ita servatur, quomodo qui superiore bello Gallico vehiculis castrensibus erat praepositus, quod minus illis impendisset quam a Provincia acceperat, damnatus ad restitutionem ejus quod subduxerat, atque ad septennium relegatus est. Nam triplo plus aut quadruplum, sicut in privatis delictis non est in usu, ita nec in publicis judiciis amplius exercetur.

(b) *Pos.* 4. (c) *Pos.* 2. *et* 1. (d) *Pos.* 5.

(1) *Recte a Novatoribus dissentiunt, qui Romana sacra profitentur, falsum enim consecrationes simplicitati Evangelii non convenire, uti praetendit Auctor ex principiis Sectariorum. Adde quae notavi ad Inst. pag.* 106.

* Jure Saxonico Rei Sacrae ex loco Sacro ablatio, coercetur supplicio rotae, etiamsi nulla Effractio accesserit, aut sacrarium Eleemosynarum arcam quis effregerit, atque inde pecunias subtraxerit. Ill. Menckenius *ad h. tit.* §. 6.

TIT. XIV.

DE LEGE JULIA AMBITUS.

I. De Origine Legis in Ambitum. II. An haec abolita sit per l. un. C. de Suffrag. *III. In Urbe Romana quatenus cesset. IV. Poena hujus criminis. V. De moribus et usu.*

(a) Haec lex coercet ambitum honorum et dignitatum. Sed mirum videatur, inter crimina recenseri morem antiquum Romanae Civitatis, in quo praecipuum jus populi elucebat: Ut qui peterent honores candidati, populum ambirent eosque prensarent, atque a singulis suffragium blande peterent; Id enim esse ambitum, nemo ignorat, eaque de re videri potest Cicero *in Orat. pro Consul. Empist. ad Att.* 1. *et passim.* Sed corruptis moribus institutum populare penitus perversum est, ut prensationi honestae largitiones accederent, tam effusae et impudentes, ut mensis publice collocatis pecuniae distribuerentur, et, cum argento res decidi non posset, ad vim et pugnas ventum sit creberrimas, adeoque sine modo, ut bene cum populo Rom. actum iri judicaretur, si in pejus malum quam unius imperium non incideret, ut recte Plutarchus *in vita Caesaris* observat. Nec potuit aliter vis legibus addi quam per *Julium* Caesarem, μοναρχοῦντα, qui legem de *ambitu* tulit, quem ipse prius ardentissime violentissimeque in Consulatu et alias semper, ut Suetonius et Plutarchus referunt, exercuerat. Etiam Augustus adversus ambitum sancivit, ut Dion *lib.* 54. testatur. Scilicet, tum populus adhuc reliquias antiquae potestatis habebat, quibus a Tiberio extinctis, postquam e *Campo*, in quo populus conveniebat, in *Curiam*, hoc est ad Senatum *comitia transtulerat*, ut Tacitus refert 1. *Annal. c.* 15. desiit Julia Lex in urbe locum habere, quia Princeps, ad quem Magistratuum creatio, procul a populi favore, pertinet, accusari non potest, nec qui a Principe dignitates adepti sunt, consequenter. *pr. h. t.* Sed corruptiones aulicorum, a bonis principibus saepe coercitae, tandem eo perruperunt, ut optimus Princeps Theodosius cum filiis suis, non modo passus sit impune tentari pretio suffragia amicorum, qui circa latus Principis sunt, sed etiam, si quid aulicis promissum esset, his ultro certi conditio e suffragio daretur. *l. un C. de Suffragio.*

2. (b) Qua constitutione Legem ambitus abolitam esse, quidam volunt, quos inter Ant. Matthaeus *tract. de Crim. ad h. tit. c. n.* 3. *in fin. et n.* 4. quod mihi non videtur; Nam Theodosius et Valentinianus in *l. ult. C. ad L. Jul. repetund.* sanciunt, ut qui honores per Augustos vel praefectos Praetorio consequentur, *jurati inter gesta deponant, se pro administrationibus sortiendis neque dedisse quidquam, neque daturos unquam fore, sive per se, sive per interpositum etc.* addita in transgressores *quadrupli poena*, non modo adversus accipientem, *sed etiam adversus dantem.* Imo Honorius et Theodosius Junior, exilii poenam statuunt in collectarios, qui honoris pretium dederint *ambientibus*, ut demum per *Nov.* 8. quod vult D. Matthaeus *d. n.* 4. restitutam esse Legis Juliae poenam, nihil opus sit contendere. Quid igitur ad *d. l. un. C. de Suffragio?* Non loquitur de ambientibus honores, *sed de explicantibus desideria sua*, circa res *patrimoniales*, et beneficia principalia super bonis suis impetrata, ut ex *pr. et sine d. l. un.* manifestum est. Satis insolens tamen etiam ista Constitutio, pro laude Theodosii: sed nihil quo Legi Juliae de ambitu, *quae vetat honores corruptis suffragiis peti*, *l. un.* §. 1. *h. t.* derogetur.

3. Hinc patet, etsi in urbe Romana cessaverit ambitus crimen, ut Modestinus scribit in *d. l. un. pr.* atque ad municipia deinde relegata sit accusatio, §. 1. Constantinopoli tamen, et consequenter etiam tum in urbe Roma, reos ambitus et accusatos et punitos fuisse, per *d. l. ult. C. Repetund. et l. pen. C. si cert. pet.* (c) Non abrogato etiam quod est in §. *ult. h. t.* quae docet, incidere in hoc crimen, qui reus vel accusator domum judicis ingressus est. Quod autem in §. *pen. h.* qui nova instituit vectigalia, in hoc etiam crimen impingere dicitur, magis proprie ad Legem Juliam Majestatis refertur.

4. (d) Poena Legis Juliae Deportatio fuisse videtur, ut innuit lex *un. C. h. tit.* etsi Augustus eos, qui largitionibus Magistratum petiissent, quinquennio ab honoribus vacare jusserit, ut Dion. *in d. l. lib.* 54. testatur. Ex Lege Julia Judiciaria et Senatus C. est poena centum aureorum, *l. un.* §. 1. *et ult. h. t.* ex *l. d. ult. C. Repetund.* poena quadrupli ejus quod datum fuerit; denique ex *Nov.* 8. *c.* 7. confiscatio bonorum et exilium, cum poena corporali. Sed liberatio a poena, non restitutio pecuniae, datur ei qui alium ejusdem criminis convicerit. *d. l. un.* §. 2.

(a) *Pos.* 1. 2. *et* 5. (b) *Pos.* 6. (c) *Pos.* 3. (d) *Pos.* 4.

5. Mores variant, Apud nos nostrs ambientes et officia ementes, nihil speciale constitutum est. Ideoque arbitraria poena erit, non excedens utique poenam Repetundarum. Impunitum enim id esse de jure, non potest dici, et patet ex eo, quod Ordines Frisiae anno 1663. constituerunt, ut si quis per viginti annos officium publicum administraverit, id in alium, dato aliquo vel promisso, transferre possit. Ergo caeteris non erit impune. Sed quia Lex Julia Repetundarum dormit, Julia Lex ambitus cessat multo magis, non tantum in *urbe*, quod ait Modestinus, sed in *orbe*, quod docet experientia. Quamvis autem poena Legis et infamia juris cesset, facti tamen infamia apud bonos valet. Dumtaxat officia scribarum, militarium, qui singulis dantur centuriis ad cursoda stipendia, pridem habita sunt apud nos, fere ut *militiae* apud Romanos, quae vendi poterant, et de quibus aliquid dictum ad *tit. Qui pot. in pign.* Nec adeo Curia, quae de conventionibus ad ambitum pertinentibus jus non dicit, jam olim inter privatos de illis jus dicere recusavit, in causa *Margriet van Andringa*, contra *Folkert Jans Plumejoen*, eademque fere *inter alios*, *d.* 15. *Jul.* 1636. scilicet, non ubi de venditione munerum illorum ageretur, sed de praestationibus inter socios aut cohaeredes ex post facto. Nam de contractibus ipsis, quibus venditores emptoresque inter se obligantur, nulla datur actio petitioque, nisi quatenus non excedit summam xeniis praescriptam, quae est centum aureorum in anno. Sin Curia jus dixit, de pacto inter Candidatos Praeturae cujusdam inito, quo placuerat, ut qui Praeturam obtineret, singulis Candidatis daret aquatilo argenteum, non excedens pretium centum Ducatonum argenteorum, *ante ferias Pentecost.* 1680. Sequentibus feriis simile pactum adjudicatum est ad centum Imperiales.

TIT. XV.

DE LEGE FABIA DE PLAGIARIIS.

(a) Qui hominem liberum, sciens, dolo malo, invitum emit, vendit, celat, vinctum habet, alienumve servum dolo malo supprimit, aut fugitivum vendit, *l.* 2. *h. l.* 6. *C. h. t.* plagiarius est, in liberis indistincte, in servis, si non adsit furandi animus, qui facit Furtum. *l.* 6. *f. pr. h.*

(b) Poena variat pro circumstantiis. *l. ult. h. t.* Hodie tamen maxime capitalis. *l. fin C. h. t.* Deuter. 24. *ỷ.* 7. Usus hujus criminis minus est frequens hodie quam fuit olim, cum servitutis usus faceret operae pretium in auferendis hominibus; eamque hominum venationem tanquam ἀνδραποδιστίας, lucri exercendi speciem, improbare non videtur Aristoteles *lib.* 1. *Polit. c.* 4. Non male, si fieret in validos vagantes, faecem et purgamenta generis humani; pessime, si fieret in alios innocentes.

TIT. XVI.

AD SCTUM TURPILLIANUM, ET DE ABOLITIONIBUS CRIMINUM.

I. Sententia SCti. II. Abolitio quid et quotuplex. III. Vitia diversa quae circa accusationes committuntur. IV. Morus temporum et usus.

(a) In hoc SCtum incidit, qui non impetrata abolitione in universum ab accusando desistit, puniendus extra ordinem cum infamia *l.* 1. §. 1. *et* 7. *et l.* 13. *h. et l.* 2. *C. h. t.* quinque etiam auri librarum meminit *l.* 3. §. *ult. de Praevaricat.* quae et privatum hoc esse crimen indicat.

2. (b) Abolitio est exemptio reorum a crimine. Et est duplex, publica vel privata. Publica, ob diem insignem, aut gratulationem publicam. *l.* 8. *h.* daturque invito etiam reo; qui tamen intra dies 30. denuo ab eodem vel ab alio accusari potest. *l.* 7. *l.* 10. §. 2. *et l.* 12. *h.* Privata abolitio fit actore postulante, quem accusationis poenitet. Concedi solet propter errorem, cognationem, aetatem. *l.* 2. *C. de Abol. l.* 16. *et l.* 30. *C. ad L. Jul. de Adult.* Haec invito reo, maxime si victus, aut tortus sit, vix conceditur. *l. ult. C. de Abol.* Qui vero hanc privatam impetravit, is amplius accusare non potest, *l.* 3. *et l.* 4. *C. h. t.* nisi ex indulgentia Principis. *l.* 1. *C. de abol.* Alius poterit intra dies 30. utiles, l. 3. §. *fin. de Accus.* Sed et graviorum criminum reis plane non prodest. *l. ult. C. h. t.*

(a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 2. (a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 2. *et* 3.

3. (c) Notetur, esse diversa circa accusationes vitia, quae veniunt vel ex parte accusatoris, vel ex parte rei. Ex parte accusatoris, calumnia, praevaricatio, tergiversatio. *l.* 1. *pr. hic.* Calumniator est, qui falsa crimina sciens et dolo malo intendit. *d. l.* 1. §. 1.

Qui in judicio publico calumniatus est, infamia notatur, *l.* 1. *de His, qui infam. not. l.* 8. *C. de calumniat.* et poena talionis afficitur, id est, quam reus passurus erat, si convictus fuisset. *l. ult. eod.* Qui in privato judicio est calumniatus, extra ordinem, pro qualitate admissi, plectitur. *l.* 3. *hic.*

Sed quidam sunt, de quorum calumnia quaeri non solet, nec licet, *l.* 15. §. 2. *hic*, ut puta mater, quae filii necem vindicat, *l.* 2. *C. de Calumniat. filius* qui paternam mortem ulciscitur, *l.* 4. *C. eod.* maritus, ut *sup.* et similes.

De Nunciatoribus publicis constitutum est, apertam eorum calumniam impunitam esse non debere. *l.* 7. *C. de Accusat. l.* 6. §. 3. *hic.*

Praevaricator est, qui cum reo colludit. De eo dixi supra *lib.* 47. *tit.* 15.

Tergiversator est, qui in universum ab accusatione desistit, *l.* 1. §. 1. *h.* de quo est Sc. Turpil.

4. (d) Cum hodie privati raro accusent, vix est ut SCti Turpilliani locus aut usus supersit.

SCHOLIUM.

Est tamen. Vide praejudicium ap Schilt. §. 153. *At abolitiones quod concernit, loco earum hodie obtinet indulgentia et aggratio Principis.* Vid. Struv. h. t. th. 89. Conf. Wissenb. h. t. th. 3.

RESPONSIO.

Nos etiam alibi diximus, non esse penitus privatorum accusationes prohibitas, sed cum rarissime exerceantur, facile obtinemus quod in positione scriptum est.

Ex ratione juris communis, Procuratoris generalis officium, quod in locum privatarum accusationum successit, multo minus ferre videbatur, ut is ab accusationibus institutis sine decreto publico desisteret. Sed aliter fert ratio temporum, nihilque frequentius usu venit. Verum est interim, Procuratorem generalem non posse desistere ab accusando, si reus innocentia sua fretus urgeat causam, nec est dubium, quin ad finem usque litem prosequi deberet; idque SCto Turpilliano maxime prospectum videtur, ne quis ita desisteret, ut prosequi non cogeretur, quemadmodum e textibus superius adductis intelligi potest.

TIT. XVIII.

DE REQUIRENDIS VEL ABSENTIBUS DAMNANDIS.

(a) Ut rei criminum damnentur, opus est praesentia illorum: absens enim nemo punitur, etsi crimen sit manifestum, *l.* 1. *pr. et* §. 1. *h.* quod secus in praxi, pleraque Europa; apud Frisios jus civile servatur; utique, si jam semel se stiterit, peregi judicium potest. *l.* 5. *pr. de Poen.* Sand. *lib.* 5. *tit.* 9. *def.* 2.

(b) Reo non deprehenso, bona ipsius annotantur, publicanturque, si intra annum se non defendat, quem in finem citari debet. *l.* 1. §. 2. *et seqq.* Annus autem currit, ex quo per edictum reus est citatus, *l.* 4. *pr.* vel e die accusationis, si initio praesens fuerit, *l.* 2. ubi, *in judicio petitus*, *C. h. t.* Cum autem publicatio bonorum jure novissimo cesset, *Nov.* 134. *c. ult.* sequitur, adnotationem quoque cessare bonorum, ut sane apud nos quoque cesset.

(c) Ad defendendam tamen innocentiam reus omni tempore potest admitti, *l.* 4 §. *ult.* sed bona non recuperantur. *l.* 5. *pr.* Quod si reus intra annum morietur, bona ad haeredes transmittuntur. *l.* 1. *inf. h.*

(d) Viginti quoque annorum praescriptione fiscus plane excluditur, *l.* 2. §. 1. ut et omnis accusatio ac poena. *l.* 2. *et* 3. *h. l.* 12. *C. ad L. Corn. de Fals.* Interrumpitur illa praescriptio per in jus vocationem. Sand. *d. def.* 2. *in fin.*

(c) *Pos.* 4. *et seqq.* (d) *Pos.* 10. (a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 2. (c) *Pos.* 3. (d) *Pos.* 4.

TIT. XVIII.

DE QUAESTIONIBUS.

I. An Quaestio per tormenta sit licita. II. Quae sint ejus requisita; et primum exponitur. III. Ut et secundum IV. Cujusmodi indicia ad torturam sufficiant, positive et negative. V. Modus quaestionis et tormentorum. VI. Vitia tormentorum VII. Comparatio tormentorum nostratium et Romanorum. VIII. Quid si in negatione reus persistat. IX. Post tormenta, an reus a crimine, an tantum ab instantia sit absolvendus. X. Quid si reus, in tormentis, paratus sit confiteri. XI. Quid si bis tortus et confessus, revocet. XII. Quinam a tormentis excusentur.

Quando reus ex vinculis causam dicit, accidit aliquando, ut quaestio de illo per tormenta instituatur, de quibus primo quaeritur, an justum sit torquere non convictus; qua de re mirari licet merito gentium temporumque fere omnium, praeter Hebraeos, usum esse adfirmativum; pro negativa plerosque viros doctos, non modo Theologos, sed etiam aliquos esse Juris Consultos, interque eos utrumque Praeceptorem nostrum, Ant. Mattheum ad *h. tit. c.* 3. et Wissenbachium *h. tit. n.* 13. ut nec defuerint, qui ad hanc necessitatem evitandam, amplissimas Judicum dignitates recusaverint; quos inter fuit Vir Cl. *Henricus Schotanus*, Juris olim in hac Academia Antecessor, quem oblatum Senatoris in Suprema Curia locum, (ad quem tunc eligi Professores, non erat insolens) hac causa subterfugisse refert Arnoldus Vinnius in Oratione, qua Bernardo ejus filio parentavit Lugduni Batavorum. Caeterum, praeceptores nostri hanc quaestionem postremo loco tractant, nos id primo breviter expediemus. Et quo minus ad negotium argumenta, quae plurima et praegnantia sunt, ordine respondere necesse sit, dicemus, solam necessitatem usum Quaestionis per tormenta defendere;* quod alioqui scelerum impunitas Reipubl. intoleranda foret, extra quam fieri non posset, ut tanto gentium humanissimarum consensu recepta foret. Cui accedit, *ὁμολογία πόλεως*, *faedus civitatis*, quo leges in quaque Republ. receptae, communi civium consensu approbatae videntur, qua de re *ad tit. ff. de Legibus n.* 2. egimus. Sic adeo statuendum est, Quando in aliqua lege antiquanda plus est mali, quam in perferenda commodi, primos Reipubl. conditores, et qui dein adfluxerunt, in legem consensisse videri; quod de quaestione non habet dubium, quatenus impunitas delictorum, quae non plene probantur et plerumque sine arbitris committuntur, multo plus incommodi, quam periculum ne innocentes torquerentur adfert in Rempubl. Pluribus hoc adstruximus in *Jurisp. Hod. part.* 2. *lib.* 3. *cap.* 22. *a pr.* Praesertim, quia, si requisita Juris, quae in Quaestione per tormenta Legibus prodita sunt, diligenter observentur, vix unquam fieri queat, ut innocentes affligantur.

2. (a) Haec autem tria esse videntur, ut grave sit crimen, ut veritas aliter nullo modo investigari possit, ut indicia adsint verosimillima, nihil ut praeter confessionem deesse videatur. Primum et secundum requisitum est in *l.* 8. *h. t.* tertium in *l.* 1. §. 1. *h. et l.* 8. §. 1. *C. h. t.* De genere criminum, ratio non patitur, ut torqueatur, cujus poena non sit futura gravior quam tormenta quibus elicienda sit confessio; Proinde si poena non sit ultra relegationem, non est utendum tormentis. A. Matth. *ad h. t. c.* 3. *a pr.* Carpz. *Cr. Qu.* 117. *n.* 8. *et seqq.* Idque apud nos servatur, quomodo, me referente, absolutus est homo sine tormentis, qui duas puellas impudice faedeque contrectasse ac adbibuisse arguebatur: Etsi ad torquendum argumenti satis erat, quia tamen factum ultra relegationem esse non judicabatur, eculeo non visum fuit utendum. *ante ferias Pentecost.* 1680.

3. Ex secundo requisito mores eorum, qui vel confessos in jure, vel tabulis et testibus convictos adhuc, ut confessionem eliciant, torquent, (quod multis in locis, in vicinia quoque fieri, constat) redarguuntur. Nec utendum tormentis, quando praecipuum crimen est probatum vel confessum ad eruendam reliquorum veritatem; cum minora delicta majorem poenam reo conciliare vix possint: Ideoque tum satius est, reum statim condemnari, atque ita fit. Quo autem exploretur, an veritas aliter haberi queat, ad tormenta non aliter quam causa cognita proceditur, reoque omnis sui defendendi copia et licentia datur. Non est tamen a ratione juris aliena exceptio, quam Statuta nostra suppeditant; mendicos, cingaros, et

(a) *Pos.* 1.

* Anceps judicium est *de Tortura ex Foris Christianorum proscribenda.* Exhibuit argumenta affirmantium in compendio *Dissertatione inaugurali* Martinus Bernhardi, *Halae* 1705. praeside Ill. Thomasio, qui tamen in adjecta Epistola, sibi nondum liquere, merito ex usu forensi fatetur.

vagabundos, si criminum merito suspecti sint, equuleo admoveri posse, *lib.* 2. *Stat. tit.* 8. *art.* 5. nulla quidem *processus* sive causae cognoscendae mentione facta, quam nec Curia adversus illos adhibet. Exemplum subjiciam. Quidam honesti nominis et familiae Studiosus erro, literas falsas circumferens, postulabat eleemosynas. Cum suspectus esset furti et effractionis, statim tormentis adhibitus, et statim confessus est *anno* 1679.

4. (b) Si crimen, quod satis sit, legitime non probetur, quod etiam ex iodiciis et argumentis indubitatis fieri posse demonstravimus *ad tit. de Probation.* sed tam verisimilia argumenta adsint, ut judex sibi vix persuadere queat, reum non esse reum, locus est tormentis. Qualia vero debeant esse indicia et argumenta, praeter id quod dictum est in summa tradi non potest. Textus πληθυντικῶς in numero plurali loquuntur, *d. l.* 1. §. 1. *h. et l.* 8. §. 1. *C eod.* unumque vix est ut sufficiat: ne quidem etsi testis unus, quo non potest esse majus in probationem indicium, producatur, *l.* 20. *h. t.* nempe, si nulla de circumstantiis rerum, temporis et personarum adjutantia argumenta colligi possint, ut vix unquam usu non venit. Idem de confessione extrajudiciali, de variatione confessionum rei, declaratione eorum ad quos injuria criminis pertinet, de quibus aliisque pluribus, ut et de fuga fama, fluxu sanguinis, *ad tit. de Probationibus, Praesumptionibus et testibus* actum, et de quibus prolixe Carpz. *Cr. Qu.* 120. *et seqq.* Indicia vero, quae ratione non constant naturali, placet admittenda non esse, qualis supernatatio in flumine mulierum veneficii diabolici suspectarum, cujusmodi historiam ex Anglia transmissam et magnificatam, nuper exagitavit D. Beckerus *alias* laudatus, et quod in Germania quoque jam pridem a prudentioribus improbatur, etsi vulgus ejusmodi rebus maxime capiatur. Carpz. *Cr. Qu.* 122. *n.* 69. Adde, confessiones ipsarum sagarum, quod baculis aut hircis insidentes per aerem vectae sint, cum diabolo rem habuerint, cum alia multis epulis choreisque diabolicis interfuerint, cujusmodi confessiones ipse in Curia Marpurgensi audire memini; quod contrectatione subita generationis instrumenta subducta fuerint, cujusmodi exemplum ante aliquot annos commissum in vectoria nave, quae Amstelodamo Harlingam commeat, ingentem edidit strepitum, ut is, qui arguebatur, in vincula sit conjectus: convictus ille, ni fallor, et aliqua poena adfectus ob foedam consuetudinem sed minime ut magus: nec forte quis illum accusatorem non jure meliori torquendum dixisset, ac non improbo tanti sceleris accusationem commentus esset, quam alter, an ex tali specimine Magus esse credendus foret. Sed infinita est horum indiciorum varietas, eorumque dijudicatio Judicis arbitrio committenda, cui sedere debet hoc praeceptum, Indicia debere esse tam praegnantia, ut sola rei confessio deesse videatur. *d. l.* 1. §. 1. In cujus moderaminis excessu revera consistit omne malum, quod Torturae communiter ipsi imputatur.

5. (c) De quaestione per tormenta decreto judicis interposito, * modus torquendi considerandus. In quo administrando distinguenda est a Quaestione Tortura; licet haec concise loquendo sub Quaestione comprehendatur. *Rub. h. et ad tit C. de Quaestionibus.* Quaestio fit secundum articulos ab Accusatore, ut hodie est, a Procuratore Generali conceptos; a Judice, verbis gravibus et severis, non credelibus, nec a commiseratione subinde alienis. Negantibus carnifex et instrumenta torquendi adhibentur, primo terrendi; et aliquando hac causa dumtaxat, ut in feminis infirmioribus, aut indiciis minus violentis modus ipse torquendi admodum varius est, nec a judicis arbitrio genus ipsum pendet, cum publice in quaque civitate sit receptus et stabilitus: de omni genere tormentorum infinita oratio est; loquantur Carpzovius, Damhouderus, et alii criminalium scriptores.

6. Plane facilius est dicere, qualia non esse debeant, quam certi praescribere quidquam. Recte aestimantibus haec vitia abesse debent: I. Ne sint modi *deformes* et *barbari*, ut si mulieres ab uberibus, viri a pudendis suspendantur; si mures aut glires corpori nudo sub vase imponantur, et igne superimposito ad rodendum adigantur, aliique modi infandi, de quibus Damhouderus *prax. crim c.* 37. *n.* 18. II. Ne sint crudeles, ut candentes atque *stridentes flammis laminae*, ut Prudent. *in Hymn. Vincent.* aliaque ingeniosa saevitiae instrumenta, de quibus Carpzov. *Cr. Qu.* 217. *n.* 38. III. Ne sint nimis diuturna; velut si per integros dies et plures, in tormentis habeantur. Id enim morte acerbius, *Quippe qui se ultro morti offerant, facilius reperiuntur, quam qui dolorem diu patienter ferant*, ait apud Caesarem Critogostus Arvernus, quod genus Ludovico Regi, quando reformatos non suppliciis peremptoriis, sed vexationibus tormentisque finem vix habentibus, ad defectionem adegit. (1) IV. Nec corpus in futurum et perpetuum inutile reddant,

(b) *Pos.* 2. (c) *Pos.* 6.

* Secundum *Res. Grav. d. Ann.* 1509. *gr.* 5. Judex nunquam torturam potest decernere, nisi prius consilium adhibuerit Jurisperitorum. j. Carpz. *Pr. Crim. qu.* 106. *n.* 23. *sq.*

(1) *Scimus Ludovicum Regem edictum Nannetense revocasse, et plures ex praetensis Reformatis in exilium egisse, noverat enim quantas turbas haec secta in Galliis suscitasset, quantaeque timendae*

mutilatiooe, vel dislocatinoe graviori. V. Ne Incidaot in aliqnod sapplicii ordinarii gonus. Qua ratiooo veiberatio virgarum, qnam laudat in huno usum Damhouderus *d cap.* 37. *in fin. edit. gall.* et cui caotera requisita non male conveniunt, noo potest admitti.

7. Sed illa quinquo requisita cooveuire videotur in iostrumeota, quao apud nos in usu sunt; babentur autem tria. I. Forcipes, quibus reorum pollices comprimuntur. II. His simile iastrumeotum, quo tibiae contorquentur. III. Equuleus, id est scamoum, io quo Reorum pedes et brachia rotorta extenduntur, idque diversis gradibus, citra dislecationem tamen. His Romaoa instrumenta loago duriora fuerunt; equuleus, qui fuit catasta ligaea coclesta, cui brachia retorta pedesque Rei fidiculis alligabaotur. Tum intento cochleis equoleo, in altumque ereeto, reus quasi ex cruce peodebat, ossium compage dissoluta, tergo lateribusque per ungulas ferreas et laminas caadentes verberatis laceratisque. *l.* 7. *C. de Malef. ot Mathem.* Prudent. *d Hymn.* Sygoo. *de Judic. pop. Rom. c.* 17. * Si quis roget, utra praestent, oostratia praeferre noo dubitem. Etoaim Quaestioaes per so odiosas, acerbitate modi et saevitia inteodere ooa oportet. Etsi quanto ecriora torquendi instrumeota sint, taato facilius elici veritatem, dubium non est: sed hoo aon est agendum, ut reus nou possit non fateri, licet insoos. Tametsi verum sit, nostrae quaestioais tormenta, ut plurimum, etiam a femiais sustioeri; ut ad quaestiooem damoari, si aon mollior sit reus, parum abait, quin tantuadem atque absolvi esso videatur. Quaoquam et artes quaedam esse eredaatur, quibus dolor eludi queat. Apud Curiam nostram tortum memioi qneadam facioorosum *Harmen de Wijse*, qui primum dolorem tulerat, postea oovis indiciis iterum eqnuleo impositus, cum maxime iateoderentur fidiculae, io somaum iocidebat, ut sooore sterteret; remissiooe facta excitabatur. Inteatis, iterum stertebat, quod ad finem usque durabat. *anno* 1680. Alia Tylsoses lo Gelria similem historiam do Baggermaoo quodam sicario retuleruot. Cujusmodi artibus impedieadis non est de nihilo, quod alicubi moris est, ut tempore matutino jejuoi torqueantur, cum apud nos fiet post coeoam, uec quod sciam valde curetur, ut vacuo sint ventriculo, secus se monet Carpz. *Cr. Qu.* 126. *n.* 5. *et seqq.*

8. (d) Quaestione persota, ei reus in inficiis perstiterit, repeti potost Quaestio per tormenta, *quando evidentioribus argumentis oppressus est maximequo si in tormenta corpus animumquo duraverit. l.* 18. §. 1. *h. t.* Quod communiter de argumentis post prima tormeota supervenientibus intelligunt. Idque nostri servant eo libeotius, quod repetita tormeota oullo modo ferri posse videotur. Alibi tamen secus ebservatur, et hi ad tertiam Quaestionem, ubi reus bis sustinuerit, ita procedunt, si nova provenerint indicia, qua negative tolerate, sequitur absolutio. A. Matth. *ad h. tit. c.* 4. *n.* 14. Nostri ad secuadam transeuat, ubi nova reperta fuerint indicia: qua tolerata, oonquam, ut puto, ad tertiam procedeot, ** nisi aliter in atrocissimis fieri queat, ut Carpz. *Cr. Qu.* 125. *n.* 55.

9. Sed quaestionis est, an post tormenta reus sit absolveodus a erimino, an ab instantia dumtaxat, ut deiado repeti possit ox causa. Rationes pro et contra ponderat D. Matthaeus io *d. cap.* 4. *n.* 16. et concludit pro absolutiooo a crimine, quae totalis est. Sed distinguendum videtur ita, quemadmodum Curia nostra servat: Ut ex geaore naturaque iodiciorum, et quatenus judici sedet persuasio de reatu, rei modo a orimene, modo ab instaotie dumtaxat absolvantur.

10. (e) Si Reus in tormeotie, confiteri se velle dicat, liberatur ab instrumentis doloris, et coofessio sedeotia ejus ad siagulos facti articoolos ordioe soribitur, eique fides ita babetur si nihil io es suspectum ot a veri specie elienum reperiatur. *l.* 1. *pr. et* §. 4. *l.* 10. §. *pen. cod.* Moribus, ubique fere reoeptum est, ut Roo deiu post 24. horas aut ultra Coofessio praelegatur, ejusque *ratificatio*, ut ajunt, exigatur. A. Matth. *d. c.* 4. *n.* 11. Carpzov. *Cr. Qu.* 126. *n.* 26. Hoo institutum ut jure Civili ignotum, ita neo apud Curiam oostram servatur, sed tacens deinceps pro oonsentiente habetur. Qood si revocet confessionem, tormeotis denuo subjicitur, et si tunc iterum feotam confessiooem revocet, tertium torqueri potest; deiu ebsolveadus est. A. Matth. *d. c.* 4. *n.* 12.

(d) *Pot.* 5. (e) *Pos.* 7

ferent, si aliquando post ipsum Rex minus potens sceptro potiretur. Jussu regis aliquos tormentis vexatos fuisse, nusquam probabitur: quod si forte excessus hinc inde commiserint milites, hi certe detestandi, at non Ludovico imputandi sunt.

* Inprimis autem Hieron. Magium Anglarensem *de Equuleo*, ut cum not. Goth. Jungermanni et Appendicibus editus est. *Amst.* 1664. 12.

** Constitutio *Elect. Nov.* 9. non nisi in Criminibus atrocissimis torturam tertia vice repetere permittit, sed extraordinariae, carceris aut temporalis relegationis, poenae locum reliquit, si reus confessionem bis factam bis iterum revocaverit. Adde tamen Berger. *El. Jurispr. Crim. p.* 241. et 289. *seq.*

11. (f) Sed perplexa res est, si reus joris aut moris conscius, ad effugienda tormenta statim fateatur crimen et postridie revocet. D. Matthaeus ad hunc casum ait ita; *Ne eludat hoc commento tormenta, nihilominus torquendus est. n.* 13. Quomodo, si fateatur, nihilominus torquebitur? Non potest; At tormenta repetuntur secunda vice. Ecce est. Tum vero facit idem, confitetur et postridie revocat. Quid tum? Repetetur Quaestio tertiom? Intelligit reus, idem si faciat, absolutionem secuturam; Certo igitur idem faciet. Quid ergo: eodem modo, an tertium tormentis adhibendus, id est absolvendus erit? Accidit ille casus apud Curiam nostram in reo, qui Pagum Frisiae Collumaoum, e quo incolae, metu hostium Groningam obsidentium *anno* 1672. aufugerant, incendisse credebatur, ut aliquot domus consumerentur. Callidus et juris homo non ignarus, ita ut dictum, in Quaestione instituerat, ea vie sibi parans absolutionem. Bis confessus in tormentis, bis revocaverat. Argumenta erant fortissimae praesumptionis, nec judices de facto dubitabant, Confessiones ejus cum circumstantiis, de quibus constiterat, optime conveniebant. Visum est prudentissimis Dominis, esse condemnandum hominem, qui viam alioqui paratam quaestionibus eludendi et promiscuam iovenerat. Sic etiam Scabinos Lipsienses solitus respondere scribit Carpz. *d.* |*Qu.* 126. *n.* 55. Ipse tamen ad poenam eo casu inclinat extraordinariam; Plane, si multorum gravium virorum judicium ex praesumptionibus et indiciis acquiescat in credendo reatu, probatione licet non perfecta, hanc sententiam sequi licebit. Si minor sit evidentia, tutius sit, reum extra ordinem puniri, quo casu locum habeat *argum. l.* 5. *de Poen.*

12. (g) Jure Civili sunt nonnulli, quos torquere non licet. Torqueri nequeunt milites, *l.* 8. *C. h. t.* neque diguiores, nisi in crimine atrocissimo, *l.* 11. 16. *et sequ. C. h.* nec servus in caput Domini, *l.* 1. §. 16. *h.* excepto crimine majestatis, annonae, monetae, et adulterii, *l.* 53. *de jud. l.* 1. *l.* 7. *et l.* 15. *C. h.* Nec is, qui de se confessus est crimen, in alios torquendus est, *l.* 16. §. 1. *h.* secus, si convictus. *l.* 29. *in fin. de Poen.* Excusantur et decuriones, *l.* 11. *et l.* 16. *C. h.* horumque liberi, *d. l.* 11. impubes, *l.* 10. *et l.* 15. *hic.* praegnantes. *l.* 3. *de poen.* Dignitas hodie non usquequaque liberat a tormentis, ut Carpzov. et exempla passim obvia probant *Crim. Quaest.* 118. ubi et de reliquis prolixe.

TIT. XIV.

DE POENIS.

I. Definitio Poenae, et quo sensu Æstimatio, Coercitio, Vindicta, dicatur. etc. II. Divisio poenae, in civilem et criminalem. Item, an poenae juris civilis pecuniariae, usum habeant hodie. III. Poenarum criminalium species. IV. Conferuntur mores. V. Distinctio poenarum in Legitimas et arbitrarias. VI. Quis habeat jus puniendi. VII. De causis poenam moderandi, tollendi, mitigondi. VIII. De probatione criminum.

Sequitur tandem locus generalis de Poenis, post omnigenas delictorum species. Nam poena ain definitur a Paulo, quod sit *Noxae vindicta*, sive *omnium delictorum coercitio. l.* 131. *de V. S.* Aliter, *aestimatio delicti. l.* 41. *h. t.* Quae genera, si placet, conjungamus, ut Poenae definitio sit haec: *Æstimatio, Coercitio, Vindicta delicti, a Magistratu ad emendationem, exemplum, satisfactionem instituta.* Consideremus hanc definitionem verbotenus; Genus ponitur triplex, eadem licentia, qua Labeo definivit dolum, quod sit *Calliditas, fallacia, machinatio ad circumveniendum, fallendum, decipiendum adhibita. l.* 1. §. 2. *de dol.* Si quis tamen unum velit habere genus, sumat ultimum, quod est *Vindicta*: Sed reliqua non carent suo fructu.

Prima vox, ÆSTIMATIO docet, proportionem inter crimen et poenam esse servandam, ut sit *Regula, peccatis quae poenas irrogat aequas.*

Sicut

Ponderibus modulisque suis ratio utitur ac res
Ut quaeque est, ita suppliciis delicta coercet.

Horat. 1. *Satyr.* 3.

Praeterea vox aestimationis indicat, idem delictum non esse duplici poena coercendum, ut Papinianus colligit in *d. l.* 41. Unde alias deductum est, plures actiones etiam poenales, ejusdem maleficii nomine concursum habere elotivum. *ad tit. Inst. de Action. sub. fin.* Vocatur poena *coercitio*, Ἐπίσχεσις ἀδικημάτων, *suppressio delictorum*, ut Plutarchus; tam in delinquente, ne is denuo peccet, quam ut

(f) *Pos.* 8. (g) *Pos.* 3. *et* 4.

alii deterreantur. *Vindicta* vocatur τῶν ἁμαρτημάτων ἐκδίκησις, ut Graeci ad *l.* 131. *de V. S. Peccatorum ultio*, quia τὸ παρηγοροῦν τοὺς πεπονθότας ἔνεστιν αὐτοῖς, ut Plutarch. *Solatii quoddam genus inest, pro his qui passi sunt injuriam*, quod tamen est infimum praestantie, ut idem Horat.

Quippe minuti

Semper et infirmi est animi exiguique voluptas.
Ultio,

Potius, quia justitiae ratio flagitat, ut delicta paribus poenis luantur, etsi in futurum non consulatur; quomodo Deus punit, et puniet in extremo judicio. Vindicta vero *delicti*, cum dicitur, non esse poenam, nisi ubi est delictum, intelligimus; ideoque non filios maleficia Patrum luere consentaneum est, qua de re diximus *ad tit. I. de Publ. jud. n.* 4. *et lib.* 1. *de jur. Civ. n.* 17. 26. *et seqq.* Sequitur in definitione, *a Magistratu*. Nec enim agimus hic de jure puniendi, quod naturaliter cuilibet rationis compoti datur, de quo Grot. *de J. B. et P. c.* 20. *num.* 8. sed quod in civitate, quae imperantes et parentes supponit, exercentur.

Ultima verba continent diversos poenarum fines, quorum primus est *Emendatio* delinquentis, *l.* 20. *h.* in quo Judex parentis instar habetur, a Graecis νουθεσίαν, παραίνεσις, *admonitio*, quam Callistratus ait fustigatione fieri. *l.* 7. Qualis aliquando expressis verbis addebatur, ut in perjurum, προπετῶς μὴ ὄμνυε, *Temere ne jurato. l.* 13. *in fin. de Jurejur.* Secundus finis est *Exemplum*, *ut unius poena metus esse possit multorum. l.* 1. *C. ad L. Jul. Repet.* In quem finem poena publice exigitur, *ut poenae genere caeteri deterreri possint. l.* 7. *C. ad L. Fab. de plag.* Hujusmodi poenas Graeci παραδείγματα vocant. Tertius finis est *Satisfactio* ejus qui laesus est; *cum dignitas auctoritasve ejus, in quem est peccatum, tuenda est.* Tacit. *apud* Gell. *l.* 5. c. 14. sive ut honori gloriaeque ejus consulatur; quo sensu Deus *omnia propter se, malum etiam ad diem malum fecisse*, dicitur *Prov.* 16. *v.* 4. Atque hoc sensu poena proprie vindicta et ultio est. Quae nullo modo inter Deum hominesque ei reconciliatos locum habere potest; etsi poenam, quod ad duos priores fines, *emendationem* et *exemplum*, nihil vetat etiam adversus Deum timentes exerceri. Quae distinctio pertinet ad quaestionem theologicam; an Christus pro morte temporali, quatenus est poena peccati, satisfecerit. Fuit definitio poenae.

2. Sequitur Divisio: quae videtur haec esse summa: Civilis vel Criminalis. Illa, quae pecuniario commodo actori applicando constat: Haec, quae a Republ. seu pecuniaria sive corporalis et capitalis, exigitur; eadem ratione, qua judicia civilis et criminalis distinximus ad *tit. de Judic. et de publ. jud.* Vulgo aliter, criminales vocant corporales, Germani *Peinliche*, Civiles appellant pecuniarias sive *mulctas*, quae sunt coercitiones pecuniariae, maxime quae Fisco Applicantur, quomodo et in nostris Statutis *l.* 2. *t.* 13. *art.* 1. *et ult. Civile Boete* Referuntur huc etiam priore sensu, poenae civiles actionum in duplum, triplum, quadruplum, in quinquaginta, centum, ducentos aureos, quemadmodum *suis locis vidimus.* Sed hae poenae dupli, tripli, quadrupli, a Pragmaticis hodie extra usum fori collocantur, quatenus in Statutis nominatim non reperiuntur, nec apud nos poenae Pecuniariae actori applicandae, quod sciam, ab his exiguntur. Ratio est, quia Poenae delictorum etiam privatorum, exiguntur a Procuratoribus Fisci: Jure Civili pars laesa habet electionem, utrum velit agere criminaliter, an civiliter. Talis electio non datur hodie: Sed Fisci jus est delicti coercitio. Cum autem non sit aequum, ut duplex poena delinquenti infligatur. *l.* 41. *h. t.* hinc Fisci jus poenam privato debitam excludit. Longius tamen extenditur illa praxis negandi poenalem actionem parti laesae, quam juris ratio ferat. Nam si nomine Fisci non agatur, aut ob rei gravitatem agi nequeat, privatus a poena dupli aut quadrupli non erat excludendus, in gratiam delinquentis. Quin si injuriarum criminalis actio Fisci, non excludit civilem poenalem, quae datur laeso, cur id aeque non fiat in furto, rapina, aliisque delictis? In veteri formulario Curiae nostrae, ab Advocatis olim facto, reperi formulas actionum quoque Furti, Rapinae, similiumque, in duplum et quadruplum. Maxime urget idem ratio in ejusmodi factis, quae duplo puniuntur, cum delicta non sint, et de quibus nunquam criminaliter agitur, ut est actio de tigno juncto in duplum, de dejectis et effusis in duplum. Quid vetat, cum hae Statutis sublatae non sint, hodieque si postulentur, eas dari in locis, quibus jus scriptum religiose observatur? Tametsi non solent fieri, nec mihi constet factum: Ut adeo, nec facile admissum iri putem. Ita videtur observari, mulctas non deberi, nisi legibus novis aut judicis arbitrio; *de quo mox*, infligi.

3. Ad civiles poenas refert etiam Carpzovius relegationem, *Cr. Qu.* 128. *n* 4. magis ut satisfaciat Germanismo, *peinliche*, credo, quam ex ratione juris civilis. (a) Sed criminales poenae, dividendae sunt in capitales et non capitales.

(a) *Pos.* 1. 2. 3. 4. 5. *et* 6.

Capitalis, *ἐν πλάτει* appellatur, quae vel vitam, vel libertatem, vel civitatem adimit, *l.* 2. *h. t.* quin capitalis poena in genere dicitur omnis famae causa, *l.* 103. *de V. S.* proprie et stricte, quae caput vitamque adimit. *l.* 21. *hic* Variis modis infertur, ut igne, gladio, laqueo, bestiis, *l.* 28. *l.* 11. §. *fin.* et *l.* 8. §. 1. *hic.* sed in ultimis suppliciis erant olim gradus: Nam crux * *κατ' ἐξοχὴν* summum dicebatur supplicium, aliquando et vivi comburium. *d. l.* 28. *pr. h.* Sed hodie inter prohibita ultimi supplicii genera est crux, quia sublatum est crucis supplicium a Constantino, ejusque loco introducta furca, uti scribunt Nicephorus et Aurelius Victor in Constantino. Cujac. *in* 5. *sent. Paul. tit.* 17. §. 1. *et* 16. *obs.* 1. Vetitum quoque, ne quis securi vel telo perimatur, *l.* 8. §. 1. *D. de Poen.* Spart. et Xiphil. *in Caracal.* ne quis fustibus aut virgis ad necem usque caedatur, aut tormentis enecetur, *d. l.* 8. §. *nec ea quidem* 3. *et l. pen. D. de Qu.* aut veneno, *d. l.* 8. §. 1. aut inedia, *l.* 10. *D. de interd. et releg.* aut de saxo praecipitetur. *l.* 25. §. 1. *D. de poen.* Proxima morti poena, est in metallum damnatio, *d. l.* 28. *pr. vers. deinde*, vel in opus metalli: nihil enim interest nisi vincula, quibus gravioribus in metallum, levioribus in metalli opus damnati premuntur: unde et refugae ex opere metalli in metallum dantur. *d. l.* 8. §. *est poena.* 4. *et* §. *inter eos autem.* 6. *D. de poen. l.* 5. §. *ult. D. de extr. cognit.* Mutilatio membri prohibita est in *Nov.* 134. *c. ult.* excepta unius manus, si qualitas delicti ferat. Non capitalis, vel corporis coercitione constat, ut fustes et flagella, *l.* 7. *h.* vel deportatione, relegatione, interdictione, de quibus *infra*, vel damno cum infamia. *l.* 8. *pr. et l.* 28. §. 1. Damnatio ad opus publicum perpetuum, capitalis poena videtur, *l.* 17. §. 1. secus, si temporarium. *l.* 6. *C. ex quib. caus. inf.* Carcer jure Civili species poenae non est, *l.* 8. §. 9. *et l.* 35. *h.* etsi ad tempus, puniendi causa, quandoque homines includantur. *l.* 28. §. 7. *in f. h. l.* 1. §. *ult. de Aleat.*

SCHOLIUM.

Non opus videtur hac limitatione, potest enim ad l. 28. §. 7. in f. h. l. 1. §. ult. de aleat. *aliter responderi.* vid. not. ad Strauch. XIX. 28. p. 455.

RESPONSIO.

Textus ajunt, homines in vincula publica coerceri; *Verum quidem est, vincula publica variis modis accipi.* l. 9. et l. 10. Ex quib. caus. maj. *Ex illis tamen nulla probabilior, quam quae a nobis datur* in thesi, *esse videtur.*

N. ADDIT.

Judicet Lector. Ego saltem apponam locum, ad quem provocat scholium. N. O. l. 28. §. 7. ff. de poen. l. 1. §. fin. de aleat. *qui textus loquuntur de damnatis in metallum, vel opus metalli.* N. O. l. 3. de custod. reorum. l. 1. et 2. C. eod. *qui textus intelligendi sunt non de poena proprie dicta, quae consistit impositione alicujus mali, sed de poena impropria, et quatenus per carceres saltem bonum aliquod, nimirum libertas adimitur, aut certe restringitur.*

4. Moribus hodiernis quae sint genera poenarum capitalium minorumque, longum et supervacuum est recensere, non ignota lectoribus, nec desunt Auctores; late Carpzov. *d. Quaest.* 128. *et seqq.* nisi quod monendum, recte consuli a populis humanioribus, ut poenarum capitalium species plus horroris quam cruciatus habeant, quae ad absterrendum valeant, nec patientium animos ad meditationem aeternitatis praeparatos, sensu intolerabili a devotione retrahant. Idque apud nos prudentissime custoditur; nullae enim aliae capitis poenae, quam hae tres usurpantur; decollatio, strangulatio a furca, vel ad stipitem, et submersio, quae mortem sine sensu brevissime transmittunt; quibus ostentatio capitum vel cadaverum, cum insignibus perpetrati facinoris, crebro, ut exemplum duret, adjungitur. Quae res tamen usu magis quam certo jure constat, ut exquisitum aliquod facinus aliud poenae genus postularet, nihil id equidem impeditur, semper tamen observando, non esse adfectandum, ut damnati *se mori sentiant.* Poena morti proxima videtur hodie, ut antea dictum, esse opus publicum perpetuum ad reinos, vel in metallum, quod ut servitutem irrogans, apud nos receptum non est; decennium est longissimum tempus. Exilium perpetuum neque ab usu remotum esse, nisi, quatenus poenae corporali accedit, a veteranis Fori nostri adfirmatum intellexi; quod tamen secus in foro veteri fuisse, constat exemplis *Johannis Francken*, *d.* 29. *Octobr.* 1587. *Bernardi Hesseli* Pastoris Leovardiensis, *anno* 1643. quin aliud recentius mihi relatum est *d.* 26. *Jun.* 1669. qui omnes sine poena corporali in perpetuum relegati sunt; quod cum nullo modo rationi adversetur, nihil est causae cur abolitum statuatur. Majorem infra capitis poenam non habemus, nisi accumulatam,

* De Cruce in *d. l.* 28. ne verbulum quidem; *Summum Supplicium esse videtur ad furcam damnatio*, ait lex, sed non ita Callistratus, quid id, quod ea Nicephoro et Aurelio Victore observat Cujacius, non poterat non nescire. *Τό esse videtur ad furcam*, est a manu Triboniani, ob supplicii disparitatem in ista interpolatione haesitantis.

hoc modo; verberatione virgarum, stigmate tergo inusto, operae decennali, et deinceps relegatione perpetua. Haec est poena morti proxima. Minora suppliciorum genera non est operae pretium recenseri.

5. (b) Est adhuc poenarum distinctio, quod sint vel *Legales* vel *Arbitrariae*; quod discrimen tam in pecuniariis quam corporalibus obtinet; atque, ut e superioribus delictorum speciebus colligi potuit, arbitrium judicis late regnat, plerisque poenis secundum merita circumstantiarum variantibus, quod non minus in Statutis gentium hodiernis animadvertitur. Atrocioribus tamen delictis poenae fere legales impositae reperiuntur; nisi valeat alicubi dictum Solonis, qui rogatus, cur parricidiis poenam non statuisset singularem, respondit, Διὰ τὸ ἀπελπίσαι, *quod desperaret*, hoc scilicet admissum iri: Quod de nostratibus respectu aliorum, ne praeter illa dicta, opus sit alio capitalium genere suppliciorum, rectius usurpaverim. Est enim noster populus longe facinorum rudior, quam fuerunt Athenienses, quorum τοὺς ἀγαθοὺς ἀρίστους, *qui boni essent optimos*, τοὺς φαύλους πονηροτάτους *qui mali essent*, *extremo pessimos* fuisse, testatur Plutarch. in *Dione sub fin.* In omni autem moderatione danda est opera, ut poena ob spem emendationis attemperetur; quo pertinet, quod adolescentes quandoque secreto et a parentibus castigantur, ut a Curia nostra saepe decretum est, *d.* 14. *Decembr.* 1623. etiam a matre, *d.* 3. *Dec.* 1629. plerumque tergotenus, aliquando etiam pueriliter, ut in tribus aliis praedicto *d.* 3. *Dec.* Secreta castigatio placuit etiam adversus provectiorem aetatem, in Studioso furti reo *anno* 1670. Etsi tale moderamen non sit adhibitum in Doctore Juris et duobus Ecclesiarum Pastoribus, ut diximus *ad tit. de Judic. part. praeced. pag.* 252. Mulctandi etiam potestas in omni genere peccatorum, quae non habent peculiares sanctiones, data est Judicibus; Quod si pecuniae praestationem egentes eludant, extra ordinem reos corporaliter puniendi jus habent, *l.* 1. *in fin. h. t.* neque semper, causa plene cognita; aliquando si res manifesta neque magna sit, absque processu litis, extra ordinem vocatis obiterque auditis, mulcta in continenti dictatur: haud facile tamen si quis provocet ad judicium. 2. *Stat. pr. tit.* 19. *art.* 3. Unde, quia tales mulctae per tacitam submissionem infligi videntur, in nostra quidem Curia, *Compositiones* vocantur. *d. tit.* 19. *art.* 12. Quidquid autem exigitur accusante Fisci Procuratore, id in Fiscum redigitur. *l.* 5. *C. de mod. mult.* Est enim hoc inter Regalia. *c. un. Quae sunt. regal.* Ac ita servatur in Curia nostra. Quae a minoribus exiguntur Magistratibus, ipsis fere permittuntur, nisi quod saepe delatoribus inde aliqua pars deciditur; *ut fit.*

6. (c) Quis habet jus puniendi? Poenas irrogat magistratus, penes quem jus est gladii et merum imperium, ut praefectus urbis et praeses; quas semel impositas revocare nequeunt, solo Principe excepto. *l.* 27. *et l.* 31. *hic. l.* 14. *l.* 16. *C. eod.* Quae autem poenarum species ad mixtum imperium et modicam coercitionem pertinent, has a municipiorum Magistratibus infligi posse, ex iis quae de mero mixtoque imperio *ad tit. de Jurisdict. et Imp.* diximus, intelligi potest. Quo spectat mulctae dictio, *l. ult. de Decret. ab ord. fac.* in latumias et vincula publica duci jubere, *l.* 1. §. *ult. de Aleator.* et quaedam castigationis species. *l.* 12. *de Jurisd.* Magistratibus agrorum et municipiorum nostris data est animadversio, quae non tangit corpus aut vitam, etsi castigatio, quae jure civili datur, ipsum corpus adficiat. *Stat. Fris. d. tit.* 19. *art.* 2. ubi; *uitgeslotem wat lijf. en leven aengaet.* Ergo verberare non possunt; mulctare, interdicere pago, urbe, mala mansione macerare ad aliquos dies, et ignominiae exponere possunt. Verum ut hae mixti imperii particulae e mero imperio decerptae sunt, ita quibus causis sint applicandae, saepe fit dubium. Nec raro fit, ut Magistratus minores a Curia increpentur, aliquando et mulctentur, quod delicta mero imperio, quod est solius Curiae, digna sui officii duxerint: Magistratus etiam inferiores, per nimiam accurationem, mixtum Imperium, quod est supra mulctas, sibi inutile reddi arbitrantur, ut quidam columnas ignominiae, indices mixti imperii, taedio illius intricationis amoveant. Neque tamen non interest Reipubl. ut minora delicta a civibus commissa, parvis admonitionibus domi potius transmittantur, quam ut atroci accusatione poenaque, ubi spes emendationis est, ad exempla festinentur.

7. (d) Caeterum, Magistratus in poenis irrogandis septem debet spectare circumstantias; causam, personam, locum, tempus, qualitatem, quantitatem, eventum; *ut explicatur in l.* 16. §. 1. *seqq.* satis confuse, ut videtur Hugoni Grotio *lib.* 2. *de J. B. et P. c.* 20. *n.* 37. qui rationes aliter subducit in *n.* 25. *et seq. d. cap.* 20. Poenam tollit, mors damnati, *l.* 2. *et l.* 3. *C. si reus vel accus. mort. l.* 20. *de Accusat.* abolitio, indulgentia, restitutio, et remissio a summo Principe facta, *tit. ff. et C. de sent. pass. et restit. de abolit.* praescriptio viginti annorum. *l.* 12. *C. ad. L. Corn. de fals.* Sand. *lib.* 5. *tit.* 9. *def.* 2. Poenam

(b) *Pos.* 7. (c) *Pos.* 8. (d) *Pos.* 9. 10. *et* 11.

mitigat diuturnitas temporis, *Gl. et Dd. in l. si diutius* 25. *hic. et l. querela. C. de fals.* ira *l. un. C. si quis Imp. maled. l.* 3. *de divort.* dolor. *l.* 38. §. 8. *de adult.* ebrietas, *l.* 6. §. 7. *de re milit.* aetas, *l.* 1. §. *impubes,* 32. *de SC. Silan.* sexus, *l.* 6. *ad L. Jul. pecul. c. sicut. de homicid.* ignorantia juris, aliquando et facti, *l.* 1. § *Divus.* 3. *ad L. Corn. de sicar. l.* 5. §. *ult hic.* affectio consanguinitatis, *l.* 2. *de Receptat. l.* 1. *C. de his, qui latro.* quae tamen et gravare potest; necessitas famis, *c. si quis propter de furt.* merita publica, *l.* 5. §. *ult. de re milit.* Insigne artificium. *l.* 31. *hic.* etc. Corvin. *h.* Quae tamen omnia prudenter accipienda, nec sine sale. Sand. 5. 9. 1. Non est hic locus omnia copiosius exequi, videndi criminalium Scriptores, et Grotius *d. cap.* 20.

8. (e) Argumentis, indiciis, et indubitatis praesumptionibus, posse aliquem capitis damnari, probat *l. ult. C. quer. app. non recip. l.* 22. *C. ad l. Corn. de Fals.* exinde etiam, quod omnis probatio artificialis aeque ad fidem faciendam, quam inartificialis valeat. *l. ult. C. de Prob.* Multum tamen abest, ut ex suspicionibus quenquam damnari dicamus. *l.* 5. *h. t.* Vide Sand. *lib. ult decis. tit.* 9. *def.* 14. Nos hanc quaestionem memorabilem occupavimus *ad tit. de Probation. n.* 3. *et* 4. De probatione delictorum, quae mulctis coercentur, est singulare, quod Statutis nostris cavetur: si duo testes haberi nequeant, Accusatorem suum testem unum jurejurando firmare posse, quod in criminalibus alioqui non obtinere, dictum est alias: Quod si accusator nullum habeat testem, Reo jusjurandum defertur; quod et alibi receptum. Praes. Everard. *consil.* 10 Quis autem Accusator ille? Fisci procurator? aut qui gerit hujus vicem? Non videtur, nec enim simul testis et accusator esse potest; Delator, aut pars laesa, ut videtur. Sed usus ejus rei non est frequens, Major ejus, quod subjicitur *art. seq.* eos, qui per egestatem mulctas eludunt, non corpore semper, sed pro modo delicti, relegando, interdicendo, in vinculis dando, ad opus publicum damnando, puniri: quod adeo a jure civili non est alienum, ut merito ad interpretationem *l.* 1. §. *ult. h. t.* referri queat. (f) Postremo, Condemnati capitis, puniuntur demum post dies 30. *l.* 20. *C. de poen.* quod multi de his tantum, in quos Princeps extra ordinem animadverterit, accipiunt, propter *l.* 5. *de Custod. reor.* hodie certe non servatur.

TIT. XX.

DE BONIS DAMNATORUM.

(a) Quod poena morte delinquentium finitur, ei publicatio bonorum non obstat; cum haec non sit poena liberorum, sed ipsorum delinquentium, qua haeredes per consequentiam affliguntur; scilicet, olim bona capitis damnatorum publicabantur, *l.* 1. *pr. h.* salva liberis Legitima, *l.* 1. *et l.* 7. *ff. l. ult. C. h. t.* sed hodie cessat confiscatio, et bona servantur liberis, adscendentibus et collateralibus, ad tertium gradum, excepto crimine perduellionis, *N.* 134. *c. ult.* quod et in Frisia servatur, imo ut Thomasius ait;

SCHOLIUM.

Jure Imperii, plane cessat confiscatio bonorum in delictis capitalibus, excepto crimine laesae Majestatis. vid. Ord. crim. art. 218. Conf. Struv. h. t. in fine.

(b) Jure civ. Fiscus bona vindicat ubicunque sunt sita, sed usu populorum, cedunt fisco cujusque loci. Wissenb. *ad h. tit.* qui distinguit inter mobilia et immobilia; Ut haec quidem cedant Fisco Reipubl. ubi sita sint bona, ex Baldo aliisque Interpretibus; vicisse tamen ait usum fieri contrarium hanc rationem, ut etiam mobilia occupet is, in cujus territorio reperta sunt, etiam si condemnatus alibi domicilium habuerit. Mihi vero haec sententia, juris quoque rationi maxime conveniens videtur: Cum enim Executio sit actus jurisdictionis, quem in alieno Imperio nequaquam licet exercere, nihilo magis haec in mobilibus, quam in soli rebus instituī potest. Wissenbachius pro Baldo habet hanc rationem, quod mobilia negantur habere sequelam, et personam sequi dicuntur. *arg. l.* 35. §. 3. *de Haered. instit. l.* 86. *de Legat.* 2. *et* 3. Quod verum quidem est, ubi quaeritur de praesumpta voluntate dominorum, aut etiam Legislatoris; non aeque, ubi agitur de effectis jurisdictionis et Imperii, quae in diversas Respubl. nullo modo extendi possunt. Nec ejusmodi res haec est, de qua magnopere laboretur.

(e) *Pos.* 12. (f) *Pos.* 13. (a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 2. *et* 3.

TIT. XXI.

DE BONIS EORUM, QUI ANTE SENTENTIAM VEL MORTEM SIBI CONSCIVERUNT, VEL ACCUSATOREM CORRUPERUNT.

(a) Qui ex conscientia criminis sibi manus intulit, cum reus esset capitalis delicti, ejus bona publicabantur. Secus, si taedio vitae, vel impatientia doloris † elegerit mortem, *l.* 3. *pr.* §. 4. *et* 6. *h.* tamen ut haeredes admittantur ad innocentiam defendendam. §. *ult. d. l.* 3. Hodie cessat hic titulus, sublata bonorum publicatione, de qua *tit. praeced.*

SCHOLIUM.

† *Ex hypothesi videlicet Stoicorum, qui ut forte factum praedicabant, si quis ex his causis mortem sibi intulerit, Catonis Uticensis exemplum sibi proponentes. Fuere autem, ut notum, JCti, et quibus ff. compositae sunt, plerique Stoici. Debebat ergo Tribonianus sub Christiano Imperatore vivens, flosculos hos Gentilismi ex pandectarum horto eradicore. Sed debebat, ut plura alia, quae tamen non praestitit.*

RESPONSIONIS *loco sint, velim, quae hac de re collocovimus in* part. 2. Digressinn. lib. 1. cap. 3. n. 6. *plura, quam ut huc transcribenda sint.*

N. ADDIT.

Facile jam ab illo scholio abstinerem, quia, etsi Stoici in eo aberraverint, quod ejusmodi autochiriam tanquam forte factum defenderint, tamen propterea Christiani non debebant talium autochirum bona confiscare, (de qua re hic est quaestio) aut in illos tanquam bestias saevire. Quod vero etiam tales indigni censeantur sepultura honesta, avaritiae Cleri Papalis est attribuendum, qui vel hac etiam poena inventove, voluit eo fortius adigere Laicos, ut non morerentur absque praesentia Cleri, et putarent esse articulum fidei Christianae, quod ad mortem beatam, vel saltem tanquam causa sine qua non, requiratur ista praesentia, utique si divites sint morti vicini, ut pius Clerus eos admonere posset de legato ad pias causas pro salute animae suae. (1).

Pars secunda Rubricae, agit de his, qui accusatorem corrupere, quod SCto Turpilliano prohibitum vidimus, ne quis ab accusatione desistat. Hac de re nihil sub hoc titulo scriptum est, nisi quod e Principum Rescriptis observatur, Reis capitalium criminum id esse impune, si corruperint accusatorem, non aeque reis criminum haud capitalium. *l.* 1. *h.* Sed hac de re peregimus *ad tit. de Transactione num.* 5.

TIT. XXII.

DE INTERDICTIS, ET RELEGATIS, ET DEPORTATIS.

Per modum Commentarii ad l. 5.

(a) Hasce tres Exilii species, recenset et explicat Marcianus in *l.* 5. *h. t.* paulo tamen obscurius, ut quibusdam Lectio emendanda videatur. Sic ait, *Exilium triplex est; aut certorum locorum interdictio: aut tota fuga, ut omnium locorum interdicatur, praeter certum locum; aut Insulae vinculum, id est relegatio in insulam.* Exilii vox est generalis, etymologico sensu: Nam *Exsul*, quasi *ex solo* dicitur, Greci ἐξορία, quasi ἐξ ὅρων, *e finibus.* Hoc fit tribus modis sive gradibus; Primo interdicendo, τῷ παραγγέλλειν, ut Graeci id exprimunt, hoc est *denunciando*, ut aliquis e certo loco se recipiat, *ne intra patriae territorium, vel muros moretur, vel in vicis quibusdam. l.* 7. §. 19. *h.* Neque tantum locis interdicitur, sed etiam ordine, *d. l.* 7. §. 20. honore, §. *pen. et ult.* professione, advocatione,

(a) *Pos. un.* (a) *Pos.* 1.

(1) *Hae calumniae, commiseratione potius quam refutatione dignae sunt. Quis enim docuit D. Thomasium apud Catholicos articulum fidei Christianae esse, quod ad mortem beatam requiratur praesentia Cleri? Hanc adhibent, fateor, ut Clerus morientium animas ad meditationem aeternitatis praeparet; non ut eos de legata ad pias causas pro salute animae, ut derisorie vult Thomasius, admoneat; neque gravatur Clerus minus alacriter haec officia impendere pauperibus, quam divitibus. Sed et Canones ipsi et Edicta Principum, excessus, si forte hinc inde a particularibus committerentur, satis reprimunt.*

fore, negotiatione, spectaculis, *l.* 1. §. *pen. de Off. Praef. Urb.* vel arte aliqua *l. ult. de Poen.*

Secunda species Exilii est *lata fuga:* Sed descriptio ejus addit perplexitatem, *ut omnium locorum interdicatur.* Primo enim qualis haec locutio, *interdici omnium locorum?* Respondeo, vel subintelligendum, *commercio. acqua et igne,* aut simili; vel est Graecismus *παντὸς εἴργεται τόπου, arcetur a quolibet loco,* ut Theophilus de hac ipsa re loquitur, *ad* §. 2. *Inst. de Cap. dim.* Sed quomodo lata fuga est *omnium locorum interdictio,* idque praeter certum locum? Potius contra, est certi loci, scil. Patriae interdictio, ut ubivis agere liceat, *bannen in't woest,* ait Grotius. In *vasto* agere licet, in certo loco non licet. Hinc Caesar apud Sallust. *bell. Catil.* pro sententia in conjuratos, dixit, *exilium illis esse permittendum:* Loquitur autem de aquae et ignis interdictione. Quod probat etiam forma Legis, qua Ciceroni aque et igni interdictum est; ut LICERET illi esse ultra quadringenta millia 3. *ad Att. ep.* 3. Atque in tota oratione pro domo sua id agit, ut probet, aqua et igni interdictos, sua voluntate *se potuisse alii civitati aggregare, quod vertendi soli causa venerant.* Ad hanc difficultatem ita habeodum. Marcianum describere aquae et ignis interdictionem, ut sub Imperatoribus fuit, juncta deportationi. Namque deportatio non sustulit aquae et ignis interdictionem, quae est lata fuga sub Imperatoribus. Verum sententia per aquae et ignis interdictionem fiebat, sed ob rationes politicas a Livia apud Dionem *lib.* 53. expositas, deportatio in certam insulam addebatur, ut apud Tacitum, *Servilius Corneliusque in insulas, interdicto igni atque aqua, demoti sunt* 6. *Annal. cap.* 3. ut latius a nobis demonstratum in *part.* 1. *Digress. lib.* 3. *cap.* 9. Cum igitur deportatio adhuc sit lata fuga, id est aquae et ignis interdictio, sed tamen nunc conclusio in certo loco addatur, in eamque desinat; recte lata fuga definitur, ut deportatio; quod sit omnium locorum, praeter certum, cui includitur, interdictio. Huic rei non obstant loca juris, in quibus, aquae et ignis interdictio a deportatione separatur, ut *in* §. 2. *I. de Capit. dim.* Haec enim, ratione temporis accipienda oppositio; cum aquae et ignis interdictio in latam fugam *in't woest,* in usu non fuerit sub Caesaribus. Sic praecipua difficultas hujus loci facile solvitur, ut emendatione supersederi possit, neque non debeat, de quo pluribus actum in *part.* 2. *Digress. lib.* 2. *cap.* 24. *num.* 3. *et seqq.* Quod superest in *d. l.* 5. non habet difficultatem.

Tertia species Exilii est Relegatio, *quam Insulae vinculum* vocat Marcianus in *d. l.* 5. et ipse de relegatione interpretatur, fiebatque sine aquae et ignis interdictione, etsi haec aliquando relegationi accedere et superaddi poterat; quemadmodum Tacitus de Cassio Severo, *illum prius in Cretam amotum,* id est relegatum *postea interdictum igni et aqua consenuisse in Saxo Seriphio. lib.* 4. *ann. cap.* 21. *in fin.* (b) Caeterum, relegatur vel a loco, quod nihil aliud est quam interdicere, vel in locum certum, *d. l.* 7. *in pr. et* §. *Sicut* 6. *cum* §§. *seqq.* vel ad tempus, vel in perpetuum. *d. l.* 7. §. 2. *et seqq.* Relegatione ad tempus facta, bona adimi nequeunt, *d. l.* 7. §. 4. si in perpetuum, pars bonorum expressim adimi potest. *l.* 4. *hic.* Differentias inter relegationem et deportationem, dedimus *ad Inst. pag.* 58.

TIT. XXIII.

DE SENTENTIAM PASSIS ET RESTITUTIS.

(a) Sententiam passi, id est criminum condemnati, a Principe restitui possunt, secundum jus vitae et necis, quod est summae potestatis facultas. Nempe restitutio vel est simplex criminis indulgentia, ut poena tantum remittatur, nec quid amplius restituatur, *l.* 6. *l.* 7. *et l.* 9. *C. hic l. ult. C. de gener. abolit.* vel est restitutio in integrum, et ita plena est, ut etiam honoribus, ordini, caeterisque omnibus restituat. *l.* 1. *C. hic.* Qui specialiter restituitur, recuperat omnia sua bona, et jura, et famam, *l.* 2. 7. *et* 9. *C. h. t.* fructus tamen bonorum antes percepti non debentur ipsi, nec etiam bona prius per fiscum alienata, quia beneficium hoc, salvo jure aliorum indulgetur; alioqui restitutus directas habet actiones. *l.* 3. *h.* Hoc jus dandi veniam his, qui sententiam, passi sunt, ubique cognitum, ignoratur apud Frisios: nec scio, an unquam heic a Gubernatoribus Hispaniae Regis, ut domini Frisiae, sit exercitum. Nec Ordines libertate patiti id unquam instituerunt, quod effectum habuerit, aut quisquam eorum nomine quod mihi constet. Carolus V. anno 1541 viam praescripsit, qua homicidae aliive delinquentes

(b) *Pos.* 2. *et* 3. (a) *Pos.* 2. *et* 1.

literas Remissionis impetraraat, tam difficilis et pericolosae impetrationis, ot neminem illas unquam petiisse meminarim. Sed neque datur hoc beneficium sententiam passis; verum his, qui ante annum caedem commiserunt, oaque in vinculis sont. *l.* 2. *Stat. tit.* 14. *art.* 1. *et seq.* Dixi ploribus io Jurispri hod. *part.* 2. *lib.* 3. *c.* 27. Sed extra hanc formam Statuto praescriptam qootquot delictorum veniam ab Ordiaibus petierunt, ab Ordinibus remissi sunt ad Curiam: et haec semper ad legem petendae remissionis provocat. Idemque adversus insignem reum sententiam passum, ac illustri commendatione munitum, nostre memoria decretum est. Non esse tamen alioqui potestatem hanc Ordinibus praeclusam, aliquando declaratum est; cum aliquot illustres repetundarum rei, concessationi decreto Ordinum subdocti sunt, et subdocti manserunt: at sine consequentia in futurum, ut cautum fuit diserte.

T I T. XXIV.

DE CADAVERIBUS PUNITORUM.

(a) Cadavere Punitorum cognatis ad sepulturam conceduntur, *l.* 1. *h.* etiam e judice, *l.* 11. *C. de Relig.* nisi quod in deportatis venia Principis requiritur. *l.* 2. *h. t.* Hinc adeo facilis Pilatus in permittendo sepulturae corpore benedicto.

SCHOLIUM.

Quod et hodie observatur, nisi exemplum sit statuendum. vid. Carpzov. Pr. Crim. Quaest. 137. *quam tamen limitationem alii, ut injustam accusant, vide quos citat* Schilter. Ex 49. th. ult. *Sed his facile responderi poterit, uti et illis, qui impugnant concessionem cadaverum humanorum ad usum Anatomicum.*



(a) *Pos. un.*

LIB. XLIX. TIT. I.

DE APPELLATIONIBUS ET RELATIONIBUS.

I. Sententiam quandoque revocari, vel ipso jure nullam esse. II. Rescindi per in integrum restitutionem. III. Per Supplicationem. IV. Per appellationem, quae definitur, ut et Relatio. V. Species et gradus appellationis. VI Per quem fiat appellatio, et de Communione Appellationis. VII. Rursus de communione, alio sensu. VIII. Rursus alio. IX. Effectus appellationis.

(a) Jurisprudeotia valde alieoa est ab eorum arrogantia philosophorum, qui facultate se jactant cavendi ne unquam errent. Intelligit, prudentissimum quemque falli, dum certissimas se rationes sequi arbitratur. Hac ratione quanquam Sententia nonnisi omnibus quae io causa erant consideranda solide examinatis, ferri solet, tamen non poteat evitari, quin sententia lata aliquando rescindatur, nisi ipso jure nulla sit; quo casu rescissione nihil est opus. Verum si adversus actorem lata sententia sit nullius momenti, perseverat is agere veteri actione; cui si opponatur exceptio rei judicatae, replicandum de dolo: Sin adversus reum, is actionem rei judicatae, elidit, opposita doli mali exceptione. *l.* 59. §. *ult. D. de re judic. l.* 1. *C. de sent. et interloc. l.* 4. *et l.* 6. *C. Quom. et quand. jud sent. l.* 6. *C. Quand. prov. non est necess. l.* 2. §. *Et generaliter.* 5. *et l.* 9. *D. de dol. mal. et met. except. l. cum a te* 25. *D. de dol.* Porro quanquam nullitas, (cujus causas habuimus *ad tit. de Re Judic. n.* 48. et videbimus *iterum* paulo *inferius*,) non eget remedio actionis, aut ullo actu judiciali, qui in actum primum *constituatur*; requirit tamen ut in actum secundum deducatur; potest enim praeter istum modum, qui designatus est, implorari quoque judicis officium, ut is faciat, ne sententia de facto vim habeat quae de jure nulla est; quin hoc agens, etiam *rescindere* dicitur judex sententiam. *tit. D. Qu. sent. sine appell. rescind.*

2. (b) Proprie tamen rescinditur sententia per in integrum restitutionem, per supplicationem, † per appellationem. Per in integrum restitutionem rescinditur, non solum lata adversus minorem, sed et adversus majorem, Adversus hunc si indefensus condemnatus sit; adversus illum, si et defensus. Nam adversus minorem indefensum lata, est ipso jure nulla. *l.* 1. *et tot. tit. C. Si adv. rem jud. l.* 1. *C. Quib. ex Caus. maj. rest. l. ult. D. de in int. rest. l.* 4. *C. de Procur.*

3. (c) Per supplicationem rescinditur sententia Praefecti praetorio. Cum enim vice sacra judicet, absurdum visum est, appellatione interposita, de iniquitate sententiae ab eo prolatae queri. Offerendus igitur libellus supplex, quo quis non ob iniquitatem, sed errorem, retractari sententiam petat. *l. praefecti.* 17. *D. de minor l. un. C. de sent. praef. praet. l. un.* §. 1. *D. de off. praef. praet. l.* 35. *C. de Appell.* Huic similis est REVISIO.

SCHOLIUM.

Unde et hodie extra forum Electorale Saxonicum, solet, usurpari contra sententiam ejus, a quo appellari non potest. In foro Electorali Saxonico vero ea non habemus opus, propter remedium Leuterationis.

(d) Scilicet Germani, Saxones inprimis, adhuc habent *Leuterationem et Oberleuterationem*,* quae sunt implorationes Judicis, ut sententiam a se latam declaret. Carpz. *de process tit.* 17.

(a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 2. (c) *Pos.* 3. (d) *Pos.* 4.

† Hi modi duo, ut et tertius per revisionem, in Saxonia sunt improbati. *O. P. S. E. I. et E. Tit.* 37. §. *un.*

* De Leuteratione vid. *O. P. S. Tit.* 35. †† differt autem ea ab Appellatione, quia non est ad superiorem provocatio, sed causae apud eundem Judicem repetita ventilatio. Fatalia circa eam tria sunt observanda, (1) Leuterationis interponendae intra decendium, quod ipsi cum appellatione commune est. (2) Citationis petendae, ††† intra 6. septimanas et 3. d. a tempore interpositae Leuterationis computandas, quo neglecto appellatio deserta est Ziegler. *ad d. Tit. O. P. S. pag.* 197. nisi Judex ex officio citationes emiserit, *j. Rescr. El. de an.* 1663. *d.* 23. *Jun. in App. C. S. pag.* 14. Svendend. *ad Fib. p.* 843. (3) Leuterationis quoad formalia et materialia prosequendae, quae si in termino rite facta non fuerit, vel si Leuterans non comparuerit, †††† Leuteratio aequa habetur pro deserta. Oberleuteratio ††††† vero tantum in supremo Judicio Appellationum admittitur, *Mand. El. d.* 1670. §. 2. *App. Carp. Sax. p.* 16. in causis, quae ibi ab initio agitatae, non per Appellationem eo delatae sunt, add. Martin. *ad* §. 1. *O. P. S. Tit.* 35. *n.* 34. *sq.* De Appellationibus secundum Usum fori Saxonici, prolixe actum fuit a Mencken, *Disp. Proc. Prooem.* 1. *th.* 14. *seqq.* Inprimis vero notari meretur

et Syndicatum, sive accusationem judicis apud superiorem, *Ordin. Camer. P.* 2. *tit.* 53. §. *wo aber. einige*.

4. (e) Appellatio est Querela non acquiescentis iniquae sententiae judicis inferioris. Sententiam intelligimus definitivam, non interlocutiones, ut *inferius*. Appellatur quidem etiam a nominatione ad honorem munusve publicum, *l.* 1. *C. de temp. appell. l.* 1. *D. de vac. et excus. mun.* ab indictione gravioris tributi, *Nov.* 128. *c.* 7. sed inprimis a Sententia. Relatio, cujus etiam mentio fit in Rubrica; duplex est: Una, cum judex causam plene instructam mittit ad Principem, ut is eam cognoscat et decidat, quo casu non potest appellari. *l.* 34. *C. h. t.* Altera, cum judex, relatis causae meritis ad Principem, de jure illum consulit, ut juxta consultationem ferat sententiam. *l.* 1. *et l.* 2. *C. de Relat.* Ab hac, quoniam fit partibus non auditis recte appellatur, *l.* 1. §. 2. *h. t.* sed hodie regulariter est prohibita, *Nov.* 125. neque moribus, ut puto exercetur: Principes Ordinesque liberorum populorum, rem judiciariam Curiis judicum ita commiserunt, ut ipsi amplius illis inquietari nolint. Nec prior quidem species relationum fieri solet, ut causa plene instructa mittatur ad Principem, vel Ordines jus Principum habentes: Judices ipsi satagunt: Fieri tamen potest, ut superioribus annis a senatu militari Frisio factum habebant duos centuriones, equestrem atque pedestrem, stupri violenti reos; causam invidiae plenam; cei non pares, Acta judicii miserunt ad Ordines Novem Viros; Sed hi, re diu multumque agitata, litis instrumenta remiserunt ad ipsos judices militares, ut officio suo fungerentur; quod adeo ab illis factum.

5. Institutum appellandi non minus Reipubl. necessarium, quam ne appellationes modum excedant, utile est: quia crebriores per varios gradus appellationis, intricandis producendisque litibus opportunae, et publice privatimque noxiae sunt; sed de gradibus appellandi locus erit inferior. (f) Appellationis divisio est in judicialem, quae a sententiis fit, ac hujus loci est, et

(e) *Pos.* 5. *et* 8. (f) *Pos.* 9.

fatale appellationis introducendae, †††††† quod Jure Civili erat arbitrarium, *l.* 2. *et l.* 5. *C. d. temp. et repar. App.* Jure Sax. ad mensis spatium esse restrictum, *Appellat.* Ordn. *tit.* von. *Appellationen.* §. 1. Carpz. *P.* 1. *C.* 20. *d.* 9 fatale autem Appellationis justificandae, ex *Auth. ei qui C. eod.* in Appellationibus quidem, quae ad Praefecturas aut Regimina Principum, non vero in iis, quae ad Curias Provinciales, aut Judicium Aulicum fiunt, observari, monitum *d. Diss.* 1. §. 25. *sq.*

†† Etiam novissimam *Tit.* 3. §. 1. *sqq.* Potissima sunt: In possessorio summarissimo leuterationes ex officio rejiciendas esse, non contra sententias interlocutorias, aliisque in causa discrimine admittendas, rejiciendas potius, et parti adversae juramentum malitiae injungendum, spatium ad illius praestationem 8. aut 14. dierum praefigendum, eo jurejurando, si non defunctus est, in termino, rejecta leuteratione, pergendum in causa, partemque aut advocatum litis protractae poena, 5. aut amplius thalerorum mulcta castigandum. §. 1. Ob errorem in verbis, nominibus, numeris foliis etc. commissum, de quo ex actis satis constat, remedium suspensivum non esse indulgendum, judicis esse, huic rei mederi, facta apud acta annotatione, aut sententia ad JCtos remissa, qui errorem suum gratis emendabunt. §. 2. In inferioribus judiciis non nisi semel contra sententiam aliquam leuterationis remedio uti licere, si ad adversae partis leuterationem forte sequatur reformatoria aut declaratoria, illi, qui jam leuteravit, statim ob justa gravamina ad appellationis beneficium esse confugiendum. Apud medias etiam instantias, si provocatum ad eas, et nihilominus prior sententia fuerit confirmata, leuterationem adversus confirmatoriam earum in illa instantia non esse interponendam, sed per iteratam appellationem ad instantiam superiorem ab eo, qui se adhuc gravatum credit, provocandum. §. 3. Leuterationis schedulae, cujus exemplum nunquam non leuterato etiam sub 5. thalerorum mulcta transmittendum, unum alterumve gravamen specifice et perspicue inserendum esse, alias leuterationem, etiam ob definitivam interpositam, adjecta 5. thalerorum mulcta simpliciter rejiciendam. § 5. Adde quae §. 9. de leuteratione et appellatione contra eandem sententiam interpositis habentur.

††† Hoc fatale petendae citationis est sublatum, leuterans sub 5. thalerorum mulcta in schedula leuterationis, ut terminus ad prosecutionem praefigatur, flagitat, aut judex, si leuterationi deferre vult, ex officio terminum constituit, integro spatio Saxonico concesso. *O. P. S. E. I. et E. Tit.* 35. §. 5.

†††† Si in leuterationis prosecutione, aut appellationis justificatione utraque pars non compareat, et leuteratio et appellatio, ipso licet leuterato et appellato absente, adeoque absque praevia contumaciae accusatione pro deserta habenda est. Nec leuteratus aut appellatus porro prima vice impune abest, potius rite, nisi scripto ad acta priora submittere velit, compareat, et ad leuterationis prosecutionem aut appellationis justificationem respondeat, aut sciat, definitivam in meritis sibi imminere; immo, si judici ob noviter emergentes circumstantias videbitur, opus esse responsione per interlocutoriam injungenda, in impensas, et, ob moram injectam, in quinque et amplius thaleros se condemnandum esse. *O. P. S. E. I. et E. Tit.* 10. §. 3.

††††† Oberleuteratio in causis devolutis adeo locum non invenit, ut cum mulcta ex supremi regiminis arbitrio indicendo sit rejicienda, nisi forte ab interlocutoria appellatum, et reformatorie in appellationis instantia pronunciatum sit, quae causae, ad inferiorem judicem non remissae, immediatis hoc casu aequiparandae sunt *O. P. S. E. I. et E. Tit.* 35. §. 4.

†††††† Hoc fatale nunc est sublatum, et a judice, postquam appellationi delatum est, terminus ad justificationem ex officio est praestituendus *O. P. S. E. I. et E. Tit.* 35. §. 9.

extrajudicialem, quae fit a nominatione ad munus publicum, et alio quolibet gravamine; de munere publico Jus loquitur, ut superius dictum; de gravaminibus aliis Canones, *c. 1. c. cum Romana 3. de Appell in 6.* sed quibus de rebus appellatio detur, sub propria Rubrica deinde agetur.

6. (g) Quis appellare potest? Appellat non solum dominus, sed et is cujus interest, et procurator, tutor, curator: Quin hi officii causa non solum possunt, sed et debent appellare *l. 4. §. 2. et seqq. l. 5. D. de appell. l. 2. D. An per al. caus. appell. poss l. 17. de Procur.* vide tamen de Procuratoribus supra ad *tit. de procur. n. 5. et 14.* Quin et citra mandatum auditur mater in causa filii, maritus in causa uxoris, *l. 1. D. de appell. recip. 21. C. de Proc.* et generaliter quicunque citra mandatum agere possunt, etiam sine mandato appellare queunt. *arg. l. 1. in f. An per al. c. app.* Quin etiam Uno appellante, in causa ejusdem argumenti, reliquis prodest victoria ipsius. *l. 10. ult. h.* Idem est, si appellans plures habeat adversarios, et quosdam in appellationis libello nominaverit, *l. 1. §. 1. h. Tit. C. Si un. e plur. appell.* quod rebus judicatis in nostra Curia sic memini esse confirmatum, reliqui illo casu habent communionem appellationis. *l. 1. d. tit. C.* Quod secus est, si quis adversus sententiam in integrum sit restitutus. *l. 2. d. tit. C.* Quare autem, cum sententia lata pro uno cohaeredum, non tribuat actionem vel exceptionem rei judicatae reliquis, licet *eadem quaestio in omnibus judiciis vertatur, quia personarum mutatio, cum quibus singulis suo nomine agitur, aliam atque aliam rem faciat*; cur inquam, ea res aliter se habet in appellatione *dd. ll.*? Videtur mihi difficile dictu, nec aliud quam hoc in mentem venit; Res inter alios judicata, neq nocet neque prodest aliis, *l. 63. de Re Jud.* non potest alius pro alio litem contestari, non magis quam contrahere obligationem aut actionem, *l. 73. §. 4. de R. J.* nec adeo rem pro alio, deducere in judicium. Verum re semel ab omnibus in judicium deducta, facilius in causa appellationis intelligitur conjunctio, ut sententia per judicem appellationis remota, executio condemnatoria in universum tollatur. Atque haec est prima species communionis in Appellatione.

7. Quod si sententia appellationis ad consortes, qui non appellavere, pertineat, multo magis prosecutio appellationis ab eo, qui non appellavit fieri potest, quae tamen non potest ulterius habere locum, quam instituta est ab eo, qui appellatione functus est. Exemplum rei judicatae: Primus et secundus acceperant *taxationem* aedium et arborum, quarum pretium solverent colono: Primus appellavit ab aestimatione sive taxatione aedium, de horto acquievit. Secundus non appellavit intra dies fatales; jungit se deinde pro sua parte, sed addit provocationem a taxatione arborum in horto. Non est receptus hac parte, quoniam is qui se jungit, est accessio ejus qui prior appellavit, non hic alterius. Simile est apud Sandium *lib. 1. tit. 17. def. 7.* Atque haec est secunda communio appellationis.

8. Datur et tertia, quae propius accedit ad Reconventionem in casu Appellationis. Quando uterque se putat in sententia esse gravatum, et unus appellat: Alter, contra quem appellatur, etiam post fatalia, potest uti remedio ejusdem appellationis, atque a sua parte petere sententiae retractationem, *l. ult. in pr. C. h. t.* In qua perinde locum habet limitatio praedicta; ne extendatur ulterius, quam prior appellatio instituta est, de qua specie agit Sandius *d. def. 7.* Sic igitur communio Appellationis triplici sensu intelligi potest.

9. (h) Effectus appellationis est, ut extinguat sententiam, hoc est effectu suo privet, *l. 1. §. ult. ad SC. Turp.* qui autem postea sequitur effectus rei judicatae, is est e secunda sententia; quae cum se referat ad priorem, ideo et appellatio negatur extinguere, sed tantum suspendere dicitur sententiam, *l. 32. C. de Transact.* hinc et usurae, confirmata sententia priore, cursum suum non interruptum continuant. *l. 24. pr. h.* Hinc etiam executio sententiae, quae datur ad Appellationem, non competit judici a quo, cujus facultas sublata est; sed a judice ad quem est appellatum fieri debet, quod ita rationi juris omnino convenit, etsi apud Dd. ea res non sit extra controversiam, ut videre licet apud Sandium 1. *Decis. tit. 13. def. 6.* Non est aeque ratio juris expedita de impensis primae instantiae; cum hae sint accessiones litis, ideoque earum aestimatio ad ejusdem instantiae judicem pertinere videbatur. *arg. l. 1. C. de ordin. cognit. l. 3. C. de Judic.* Sed quia de hac aestimatione quaeritur post appellationem institutam, qua prioris judicis officium est sublatum, ideo judex appellationis hanc etiam officii partem exsequitur, nec ad inferiorem fit regressus: idque non tantum si judicis inferioris sententia retractetur, sed etiam, si confirmata fuerit, quia per confirmationem sententiae non restituitur officium judicis in futurum, sed judicatum ejus approbatur in praeteritum, idque ita in nostris foris servatur. Sand. *d. Decis. 6.* Haec de Appellatione in universum: plura ad eam spectantia, per partes in sequentibus Rubricis videbimus.

(g) *Pos. 6. et 12.* (h) *Pos. 10.*

TIT. II.

A QUIBUS APPELLARE NON LICET.

I. A Principe non licere, ad Principem ab omnibus appellari. II. Excepto Senatu, quibusdam temporibus. III. A quibus praeterea non licet. IV. A sententia Praefecti Praetorio non dari appellationem, sed fieri supplicationem. V. De Moribus hac parte, ubi de Privilegio Academiae Franckeranae.

(a) Primo sciendum, a quibus personis appellare licet. Hoc autem constabit, si intellexerimus, a quibus appellare *non* liceat, ut contrariorum est eadem doctrina, quam rationem Juris auctores passim sequuntur. Et quidem a Principe appellari fas non esse, supervacuum est admonere, *cum ipse sit qui provocatur*, ait Ulp. in *l.* 1. §. 1. *h.* Intellige, ab omnibus, et ultimo: Nam alioqui non est insolens, provocari ab eo ad quem provocatur, ut docet titulus sequens. Verum ab eo, qui *summam* habet potestatem, non posse provocari, quod semper ad superiorem fit, res loquitur. Idque proprium est ejus, qui tenet τὸ κύριον civitatis, id est vere *summam* potestatem. Proinde a sententiis omnium, qui superiorem agnoscunt, dari debet provocatio. Inter imperandi praecepta, dedit hoc Augusto Maecenas, apud Dionem *lib.* 53. Μήτε γὰρ αὐτόδικος, μήτε αὐτοτελὴς οὕτως τὸ παράπαν ἔστω, ὥστε οὐκ ἐφέσιμον ἀπ' αὐτοῦ δίκην γενέσθαι. *Nemo enim Magistratuum*, inquit *ita sui juris et absolutus omnino esse debet, ut sententias, quarum nulla sit retractatio, ferre queat.*

2. Postea tamen Principes aliqui dederunt hoc jus Senatui, ne a sententiis ejus appellari posset, quod Hadriano adscribitur in *d. l.* 1. §. 2. *h. quo Principum nemo Senatus fastigium impensius extulit, execratus Principes, qui minus Senatoribus detulissent*, ut scribit *in ejus vita* Spartianus. Ante eum tamen Cajus Caesar Caligula, non modo Senatui, sed etiam *Magistratibus liberam Jurisdictionem, et sine sui appellatione concessit*, ut Suetonius scribit *in vit. ej. cap.* 16. Sed illa fuit prodigentia magis quam liberalitas.

3. Porro nec appellare licet ab executione, nisi modum legalem excedat, *l.* 5. *C. Quor. Appell. non recip.* nec ab arbitri sententia compromissarii. *l.* 1. *C. de Arbit.* Unde Reductio, quae fit hodiernis moribus a pronunciatis Arbitrorum, non fit quasi per appellationem, sed per modum restitutionis tanquam ab enormi laesione, ut diximus ab *tit. de Arbitr. n.* 9. Ergo non requiritur ut Reductio ita fiat ab Arbitris, ut iis insinuetur, apostolive petantur, sed recte potest ad superiorem querela deferri, modo pars adversa certior fiat intra tempus; contra quam aliquando vidi in foro opinantes.

4. Non datur etiam Appellatio a sententia Praefecti Praetorio, sed Supplicatio, *l. un.* §. 1. *D. de Off. Praef. Praet.* id est, libellus supplex offerri potest, quo quis non quasi ob iniquitatem, sed ob errorem petat sententiam retractari. *Auth. quae supplicatio. C. de Precib. Imp. off.* Nec tantum Imperatori, sed et praefecto, ejusque consiliariis offerri potest. *d. Auth. et Nov.* 119. *c.* 5. Hoc remedium vocatur, Ἀναψηλάφησις, *Nov.* 82. *c.* 12. quae hodie conceditur a sententiis Curiarum Supremarum, de quibus inferius. Vid. *tit. praec. n.* 3.

5. Moribus populorum, sicut etiam diversae Curiae et civitates, quae licet superiorem agnoscentes, tamen habent privilegium non appellandi vel omnino non, vel usque ad certas summas, de quibus unaquaeque Respubl. suis utitur exemplis. Academia quoque Franekerana gaudet hoc eximio jure, quod a Sententiis ejus nulla detur appellatio. Sic enim habet *Lex* 47. *fundament. Acad.* A sententia *pronuntiata a Rectore Adsessoribusque judicibus, appellatio nulli concedatur*, quae res idcirco placuit, ne Studiosi litibus in longum productis vexentur, et quia plerumque illis de plano jus dicitur. In causis exquisiti juris et majoris momenti, praesertim respectu aliorum quam Studiosorum, idem juris est, etsi res aliam habet ἀναθεώρησιν. Plane judices, qui sine provocatione jus dicunt, officio suo exactius et consideratius ad dictata legum fungi debent: quod cum experientia compertum sit, judices inferiores minus satagere exacte, bonum factum est, quod hoc privilegium rarissime illis conceditur.

(a) *Pos.* 1. 2. et 3.

TIT. III.

QUIS A QUO APPELLETUR.

I. Appellatio per saltum ne fiat. II. Quid juris, si alius pro alio judex sit aditus. III. Gradus appellandi juris civ. IV. Quid hac parte moribus.

(a) A quibus igitur judicibus non est prohibitum appellari, ab bis provocari licere, firma regula est: sequens inspectio est. *Quis* appelletur, sive ad quem provocetur; Et sciendum, ab inferiore ad superiorem, ut res ipsa loquitur, fieri appellationem, idque ita, ut ordo juris publici non mutetur, sed immediate superior adeatur; unde regula, ne fiat appellatio *per saltum l.* 21. §. 1. *de Appell. et l.* 4. *C. de Jurisd.*

2. (b) Quod si hac parte sit erratum, quatenus error noceat, quaeritur: Et quidem si per errorem ad minorem judicem quam debet appellatum fuerit appellatio erit ipso jure nulla; si vero non quidem is qui debebat, verumtamen par sit appellatus, error nihil nocet, verum is qui appellandus erat, nihilominus cognitionem suscipit, quod exemplo praefecti urbis, qui consulis loco erat, appellati declaratur, et sancitur a Divis fratribus in *l.* 1. §. 3. *de Appellat.* Fit enim quandoque, ut incerta sint jura tribunalium; ad quod e pluribus unaquaeque causa pertineat, cujusmodi dubia saepius apud nos aliosque oriuntur: utrum causa ab Inferioribus judicata magistratibus, secunda instantia ad Collegium Ordinum novemvirale, an ad Supremam Curiam pertineat: quo casu ipse quidem consultus suasi, ut appellationem alternative interponerent, vel ad hoc vel ad illud collegium, quo dein ipsis integrum esset in Apostolis petendis alterutrum re melius explorata eligere. Qua tamen in re si erratum sit, error non praejudicabit, nec fatalium jus amittetur. Verum si Curia sit adita, remittendae sunt partes ad ordines Novemviros; et si hos male contigerit adiri, fiet remissio ad Curiam. Etsi, cum dubia res est, ut sunt humana politica, remissiones illae rarius fiunt, saepius inter collateralia collegia pullulant contentiones, aliquando non levi partium detrimento.

3. (c) Gradus appellandi, in urbe erant tales; a sententia judicis pedanei, appellatur is qui dedit eum, adeo ut si praefectus dederit judicem, is appelletur, *l.* 1. *in pr. h.* etsi Praetorio, praefecti urbis sint inferiores potestates. Nec tamen ideo fit appellatio per saltum, quia judicis datio facit immediatam subordinationem inter dantem atque datum. Si a Praetore datus sit judex, ad hunc appellatur: A Praetore appellatur ad praefectum urbi. *l.* 17. *C. de Appell.* A praefecto urbi Princeps; nemo alius quam Praetorio praefectus appellationis expers est. *l* 19. *C. de Appell.* Tres tamen illi gradus pariter non exercentur; Nam qui bis appellavit in eadem causa, denuo non auditur. *l. un. C. Ne liceat in una ead. caus.* Caeterum, a judicis mandatarii sententia, non appellatur qui mandaverit, sed mandante superior. *l.* 1. §. 1. *h.* (1) In Provinciis a sententiis Duumvirorum, praeses appellabatur, a Praeside Princeps. *l.* 19. *C. de Appellat.* Sic etiam Paulus ab interlocutione Festi, appellavit Neronem Caesarem. *Actor.* 25. ỿ. 11.

4. Mores hodierni plures saepe gradus admittunt, ut est situs et ratio cujusque Reipubl. neque temperamentum juris Civilis, ne amplius quam bis appelletur in eadem causa, usque quaque receptum est. Apud nos non nisi una datur Appellatio in causis civilibus ordinariis, a judicibus urbanis et agrorum ad Curiam Supremam, etiam a commissariis Curiae ad Ipsam, nisi quod in negotiis politicis duo gradus habentur; A dicasteriis Inferioribus ad Legatos Ordd. Novemviros, ab his ad Ordines ipsos. In rebus Ecclesiasticis sunt quatuor gradus, A consistoriis ad Classem, a Classe ad Deputatos synodi, ab his Synodum ipsam, a Synodo ad Ordines. Quanquam ita fere sunt distributae res judicandae, ut amplius quam bis Appellatio nunquam instituatur.

(a) *Pos.* 2. (b) *Pos.* 3. (c) *Pos.* 1.

(1) *Attamen a legatis, Proconsul appellari potest*, l. 2. h. t. *licet legatus Proconsulis mandata jurisdictione utatur.* l. 1. §. 1. de offic. ejus cui mand. est jurisd. *Sed hoc singulare esse in Proconsule qui jurisdictionem suam mandavit, quod non videatur se ea abdicasse, sed hanc dumtaxat cum legato communicasse, observat Vir Amplissimus Cornelius van Bynkershoek* observ. lib. 6 cap. 23.

TIT. IV.

QUANDO APPELLANDUM SIT, ET INTRA QUAE TEMPORA.

I. Tempora appellationum Fatalia interponendi et introducendi. II. An prorogari possint. III. Quid hodie juris in appell. introducenda. IV. De prosequenda appellatione quid jure civili et moribus, ut et Reauditione.

(a) Tempora appellationi praescripta, sunt tria; Interponendae, Introducendae, Prosequendae appellationis. Interponendae olim erat biduum in propria, triduum in aliena causa, *l.* 1. §. *h.* hodie sunt decem dies post sententiam. *N.* 23. Introducendae appellationis terminus, variat jure Civ. pro locorum intervallo. In eadem provincia sunt tres menses; ad Principis auditorium sex, *l. f. pr. C. de temp. app.* ad delegatum menses duo, *l.* 2. *ỿ. sin. autem ex sent. eod.* totidem in muneribus publicis. *l.* 1. *d. t.* In appellatione ad ipsum Principem est annus. *d. l. ult.* §. 2. At non quavis die horum temporum causae appellationum agi possunt; observandi enim sunt dies fatales, ita dicti, quod fatum finemque appellationibus adferant: Sunt autem decem; quinque ante lapsum, totidem post lapsum praedictorum temporum, quibus si appellatio non sit introducta, pro deserta habetur: sed impetrari possunt a judice quatuor reparationes menstruae, post quas adhuc reparatio petenti datur a Principe trimestris, quae currere incipit ab ultimo die quarti mensis, quibus elapsis, praescriptio opponitur. *d. l. ult.* Sunt autem haec tempora continua et utilia diverso respectu, fere sicut diximus ad *tit. Inst. de Excusat. n.* 13. *et ad tit. de perp. et temp. act. n.* 4. Currunt enim a die latae sententiae, continentque dies etiam feriatos, *Nov.* 23. *cap.* 1. tamen ut non praejudicent ignorantibus, nec non iis quibus defuit, caram quo appellarent. *l.* 1. §. 7. *et ult. h. t.* Perez. *ad tit. C. de Tempor. app. in pr.* Sand. 1. 13. 2. Moribus, spatium illud interponendae appellationis etiam receptum est; in altero variatur. Gail. 1. *obs.* 139.

2. (b) Posse autem haec tempora consensu partium prorogari, non est dubium. *l. ult.* §. *ult. C. de Tempor. appell.* Ab judice nusquam, altero invito, mutari possunt, *l.* 3. *C. de Tempor. appell.* quominus tamen gravi de causa haec potestas judici tribuenda sit, non videtur negandum, ac ita sentiunt Dd. quos recenset Wissenbach. ad *h. tit. th.* 13. et restitutionem facile impetrari, auctor est Groenew *ad l.* 3. *C. de Temp. appell.* In nostra Curia accidit, ut Appellans peteret prorogationem termini decem dierum, propterea quod adversarius habitaret in Hollandia, cui intra hoc tempus *insinuatio*, (quae requiritur apud nos) fieri non posset. Curia terminum legalem sine ultima necessitate prorogare nolens, suggeri jussit Appellanti, ut peteret Curiae dispositionem, qua Procuratori absentis adversarii injungeretur, ut insinuationem nomine domini acceptaret, quod is recusaverat. Ac ita dispositum est, in *causa Creditorum civitatis Franek. contra se invicem*, *d.* 17. *Septemb.* 1679.

3. Tempus introducendae appellationis, quod jure civili pro distantia locorum variat, ut diximus, moribus gentium servari non potest. Ideoque singulis id suo modo determinatum est. Apud nos Judex inferior in apostolis sive epistolis, quas appellanti dat ad superiorem, ut *infra* videbimus, certum tempus, cum maximum, sex septimanarum praefigere debet, intra quod appellatio Curiae Supremae efferatur. *lib.* 3. *Stat. tit.* 2. *art.* 6. Add. Sand. 1. 13. 3.

4. (c) Tempus appellationis prosequendae, hoc est ventilandi novam instantiam, jure nostrate non est definitum. Jure civili fuit olim biennium, quod in annum est coarctatum *l. ult.* §. 2. *C. de Tempor. appell.* intra quod spatium temporis exordium lis capere, finiri utique non debet; *cum iniquum sit, propter occupationes florentissimi ordinis, causas hominum perire. d. l. ult.* §. 3. Si tamen appellans inchoatam litem deserat, victor prioris instantiae post annum causam solus peragere potest, §. 4. *d. l. ult.* nisi reparationem annalem a Principe justas ob causas impetraverit, *d.* §. 4. quod etiam in supplicatione contra sententiam praefecti praetorio servatur. §. 5. Et hoc quidem de contumaci absentia, post litem novae instantiae inchoatam, *moribus* expeditam habet facultatem, ut nec annum opus sit expectari, sed accusatione contumaciae bis terve peracta, non est dubium, quin judex ferat sententiam. Quod si actor non adat citationem, sed introducta appellatione quiescat; usu fori nostri eum ratione juris *d. l. ult.* §. 4. optime conveniente, receptum est, ut victor, contra quem est appellatum, Appellantem ipsum in jus vocet,

(a) *Pos.* 1. 2. 3. *et* 5. (b) *Pos.* 4. (c) *Pos.* 6. *et* 4.

ut appellationem prosequatur, aut desistat, vel perpetuum sileat. Die dicto, si appellans non adsit, neque causam suscipiat prosequendam, accusatur de contumacia, et sequenti audientia rotulari, victor copiam accusationis exhibet Judici, ab eoque petit, ut Appellatio *deserta* declaretur: quod is vel statim concedit, vel, ut aliqui observant; et forte cautius, concesso Appellanti aliquo temporis spatio, intra quod appellationem adhuc introducat, hoc modo; *Curia vi commodoque accusationis, declarat appellationem desertam, salvo trium vel quatuor septimanarum, etc.* cum *expensis.* A Rescriptis ad libellos supplices, appellatur ad Curiam, apud nos intra 24. horas, sicut etiam a *taxationibus* superficierum quae fiunt a Commissario Curiae, (vocatur hoc genus, *Reauditio*) quod tempus currit ab hora pronunciationis aut editionis rescripti, vel insinuationis ab adversario factae. *lib.* 3. *Stat. Fris. tit.* 62. Dix. *part.* 2. *Jurispr. hod. l.* 1. *c.* 24. *n.* 23.

TIT. V.

DE APPELLATIONIBUS RECIPIENDIS VEL NON.

I. Regula est, Appellationem esse recipiendam. II. Excipiuntur quaedam causae. III. Non tamen criminales, sub limitatione. IV. Quod secus aliarum gentium moribus. V. In Possessoriis non recipi appellationes.

(a) Appellationem superiori judici oblatam, hic nullo modo recusare potest, alioqui damnum litis sustinet, et decem auri libris multatur, *Nov.* 128. *c.* 3. quae poena vix est ut hodie obtineat; neque tamen urget periculum, ne Curiae superiores facile recusent hujusmodi cognitiones. Sed dantur casus quibus appellationes non recipiuntur, quidam respectu judicis, alii ratione causae, denique respectu personae appellantis. Casus, qui pertinent ad judicem, habuimus ad *tit. 4. quibus appellare non licet.*

2. (b) Ad causam spectant hae exceptiones; Si quaestio fit de Annona, de aperiendo testamento, missione in possessionem bonorum, et qualibet executione, *l. ult. l.* 6. *C. Quor. appell. non recip.* item in causis tributorum et debiti fiscalis repetitione. *l.* 4 *C. eod. tit.* Porro a solis Sententiis appellari potest, non ab interlocutione, *l. pen. eod.* nisi contineat ejusmodi gravamen, quod sententia corrigi nequeat, *l.* 2. *h. t.* Qualis erat Interlocutio Festi, arbitrantis Paulum Hierosolymis judicari; Ni potius non tam fuerit appellatio, quam protestatio, et petitio remissionis, quia civis erat, ad Caesarem: quomodo Plinius *epist. ad Traj. dd. persecut.* se Christianos, qui cives erant, annotasse refert, ut recta in urbem remitterentur, reliquos ipse judicabat. Jure Canonico, et moribus, plerumque ab interlocutionibus etiam appellari potest, imo ab omni gravamine licet extrajudiciali, *c. super.* 12. *c. ex parte.* 47. *c. cum cessante.* 6. *X. de Appell.* Gail. 1. *obs.* 129. Mynsing. 3. *obs.* 43. Carpzov. *P.* 1. *Const.* 23. *def.* 12. *Stat. Fris. lib.* 3. *tit.* 2. *art.* 59. *et* 60.

3. (c) De Appellatione in criminalibus, non minor est usus forensis a jure civili discrepantia nam leges adeo permittunt appellationem Reis criminum, ut alium quoque nomine rei, mandato licet carentem, licet extraneum, admittant. *l.* 6. *de Appell.* Cujus rei summa *humanitatis* est ratio, *d. l.* 6. cum enim Appellatio sit remedium contra oppressionem *cap. un. de poen. in Extravag.* et praesidium innocentiae, *cap. cum. spec. §. porro X. de Appell.* nusquam magis et liberius quam in criminalibus locum habere debet. Quid est igitur, quod in *l.* 244. *de V. S.* scriptum est; *De mulcta provocationem esse, de poena non esse. Simul atque enim victus quis est ejus maleficii, cujus poena statuta est, statim ea debetur,* ait Paulus. Credo cum *d. lex.* 6. sit Ulpiani, Thomasius noster antinomiam esse diceret, ut ex nominibus aemulorum istorum ubique solet augurari. Sed tu dic; Reo, qui crimen fatetur, sed poenam ultra modum ait esse inflictam, quae tamen poena lege specialiter imposita sit, ab hac non dari appellationem, quia non tam esset a judicis dicto, quam a lege provocatio. Quod res loquitur non habere locum in poenis extraordinariis, quae pro meritis circumstantiarum et judicis arbitratu infliguntur. Cujac. 6. *observ.* 33. A. Matthaeus *comm. de crim. ad tit.* 17. *lib.* 48 *Dig. c.* 5. *n.* 15. Secundum haec in Galliis, quicunque se gravatum putet in sententiis rerum criminalium, appellare potest, teste Rebuffo *comment. ad Const. Reg. tom.* 3. *tract. de Appellat. art.* 7. *gl.* 2. *n.* 22. et usu notissimo. Nec desunt, qui hanc humanitatis rationem putant esse tam validam, ut nec Statutis prohiberi possit, Covarruv. *art.* 2. *Quaest.* 23.

(a) *Pos.* 7. (b) *Pos.* 1. 3. *et* 4. (c) *Pos.* 11. *tit.* 1. *h. l.*

sub. num. 5. Daniel Mollerus *lib.* 4. *Semestr. c.* 33. ut nec ipsi, adducunt, diabolo sit negandum: Atqui sunt tamen casus quibus etiam jure civili in capitalibus negatur appellandi facultas ut sunt insignes latrones, seditionum concitatores ducesque factionum, *l.* 16. *de Appellat. l* 6. §. 9. *vers. nisi forte, de Injust. rupt. irr. test.* homicidae, venefici, malefici, adulteri, et violentiae manifestis argumentis superstiti testibus convicti, voce propria confessi, (absque tormentis scilicet) *l. 2. C. Quor. Appell. non recip.* officiales a suo judice condemnati ob delictum in officio commissum, *l.* 3. *C. eod.* denique raptores virginum, post legitimas et juri cognitas probationes; confessio enim in his non requiritur, *l. un. in fin. pr. C. de Rapt. virg.* quod exquisito rigori juris civilis adversus virginum raptores, quem mores temporum non probant, adscribendum.

4. Sententia juris Rom. his limitationibus instructa, ejusmodi est, ut servari mereatur, recteque Galli consulunt hac parte. Sed tamen consuetudine multarum gentium appellandi jus sublatum est, aut valde restrictum in Criminalibus, et maxime in Capitalibus. De Germania testes sunt Mynsing. *cent.* 2. *obs.* 98. *n.* 2. *et cent.* 4. *obs.* 41. Gail. 1. *obs.* 128. *et lib.* 1. *de pace publ cap. ult. in f.* 36. De consuetudine Hispaniae, Scaec. *de Judic. l.* 1. *c.* 67. *n.* 62. 63. 87. 93. *et* 95. In Italia non dari appellationem in criminalibus, testis est Julius Clar. §. *fin. Qu.* 99. *n.* 3. De Belgicis Provinciis, idem Groeneweg. *ad. l.* 2. *C. Quor. Appell. non recip.* adfirmat. In Frisia non est locus huic Quaestioni cum ibi Criminalis jurisdictio sit penes solam Curiam supremam, a qua non est ad quem appelletur: Revisio autem a Criminalibus hic nihilo secus excluditur. In Hollandia et quibusdam aliis ditionibus distinguitur inter processum judicii criminalis ordinarium et extraordinarium. Si ordinarie procedatur per modum litis contestationis et solemnis disceptationis, appellatio locum habet, non si extra ordinem et summarie ex officio procedatur, qua de re pluribus agit Bortius *in tract. vern de usu appellat. in Criminal. in Holl.* Nihilominus, si verum est dictum Juvenalis;

Nulla unquam de morte hominis cunctatio
longa est,

non sit de nihilo, quod aliquis contendere possit, jus Romanum ita, quemadmodum *supra* collectum est, videri praeferendum; quemadmodum Curia Hollandica multis rationibus olim probavit, sed non approbavit Ordinibus Hollandiae, teste Grotio in *Apolog. pro regim. Holl. c.* 12. *sub fin.* Romana sententia sic limitata est, ut periculum, ne Rei criminum semper appellent, moraque et sumptibus Reipubl. graves forent, minus sit, quam est liberae plenaeque defensionis ratio, pro salute hominum miserorum: Praesertim, quia certissimum est, in criminalibus aeque errores opinionis aut effectus, quam in civilibus, posse atque solere committi.

5. (d) In judiciis possessoriis non recipiuntur appellationes, quia periculum est in mora, quoniam victus effectum appellationis per judicium petitorium adipisci potest; quippe cum, eo si obtineat, proprietas adjudicata possessionem comprehendat. *l. un. C. Si de moment. poss.* Recte graviterque in iis locis, ubi judicia possessoria summatim celeriterque absolvuntur, ut apud Romanos fiebat. *l.* 3. *C. de Interdict.* Sed postquam procedendi ratio mutata; judiciaque possessoria distingui coeperunt in ordinaria et summaria, stylo juris Canonici, quod et appellationes de quovis gravamine admittit; receptum est, ut in possessoriis appelletur, modo tamen et effectu dispari. Probata enim est haec distinctio, ut a sententia lata in judicio Interdicti summario, appelletur quidem, sed tamen judicatum prius executioni committatur, sub cautione de restituendo, si aliter a superiore judicetur: At in possessorio pleno sive ordinario, appellatur ad utrumque effectum, tam suspensivum executionis, quam devolutivum cognitionis. *c.* 10. *et* 15. *X. de Restit. Spoliat. c.* 1. *de sequestr. fruct.* Sand. *lib.* 1. *tit.* 13. *d. f.* 5. In Frisia sic etiam observatur in possessorio pleno, nec potuit aliter postquam ita invaluit, ut de possessione dilationibus ordinariis, iisdemque ac in petitoriis uteremur. In Summario possessionis judicio, diversum in Frisia procedendi modum esse, notat Sandius *ibidem* quis ille sit, non refert: Quando judex sive commissarius Curiae in loco contentioso, cognita summatim causa, tulit sententiam, diem praefigit, quo is, qui gravatum se putet, ordinario judicio experiri potest, si velit; quod ut appellatio non sit, effectum tamen habet eundem, quem solet habere Appellatio sine suspensione executionis; hoc excepto, quod impensas, qui judicio summario in illas condemnatus fuit, si in ordinario possessorio vincat, non recipit: quae per victoriam in appellatione recuperari possent.

6. (e) Supersunt causae Appellationis non recipiendae, quae respectum habent ad personam condemnati. I. Si quis juri suo in causa quadam appellandi renunciaverit. *l.* 1. §. 3. *a Quib. appel. non lic.* II. Si quis adversario suo detulerit jusjurandum, et secundum id lata fuerit sententia. *l.* 31. *in fin. de Jurejur.* III. Si quis ob contumaciem sit condemnatus. *l.* 1. *C. Quor.*

(d) *Pos.* 5. (e) *Pos.* 6. *et* 2.

Appell. non recip. l. 13. §. 4. *C de Judic.* IV. Si quis efficialis officii sui ratione a judice eui leservit coedemnatus sit. *l.* 3. *d. t. C. Quor. appell.* V. Si quis erimen propria vece eonfessus sit. *l.* 2. *C. eod.* VI. Qui bis appellavit, tertium non auditur, etsi adhue superior existat judex. *l. un. C. Ne lic. in una caus. tert. prov.* VII. Si is appellat, ad quem res nen pertinet, nisi justam ejus quod sua interest, babeat eausam. *l.* 5. *in pr. de Appellat.*

T I T. VI.

DE LIBELLIS DIMISSORIIS, QUI APOSTOLI DICUNTUR.

I. Quando appelletur. II. Quid Apostoli, et quando petendi. III. Quid juxta illos. IV. Mures de Apostolis. V. Quid amplius in Frisiis. VI. Cur a gravaminibus praeter sententiam, requiratur appellatio in scriptis.

(a) Appellatlenes interpeeuntur vel viva vece vel scripto. Prius, siquidem illico apud acta provocetur, et sufficit dixisse, APPELLO: Sin alie die, vel nun apud acta, libellus appellatorius judici a quo appellatur offerendus est, quo libello scriptum sit, at a qua detur, id est quis appellet, et adversus quem, et a qua sententia. *Nuv.* 23. *c.* 1. *l.* 1. *§. ult. l.* 2. *et l.* 5. *§. ult. D. de appell. l.* 6. *§. ult. el l.* 14. *C. eod.*

2. (b) Deinde petendi sunt Apestali; qui tam etymelegia quam significatione sunt idem qued Epistolae, quas appellantem petere epertet a judice qui tulit sententiam, in quibus punitur, quis, contra quem, et qua de re litem habuerit, qualis sententia lata sit, ae uter appellaverit. *l. un.* §. 1. *h. t.* Peti debent intra XXX. dies a lata sententia *l.* 24. *C. de Appel.* et peti debent si uen exhibeantur, iestanter et saepius; Quod si tamen uen dentur, id ipsum contestetur appellans. *d. l. un.* §. 2. *d. l.* 24. Judex autem, nisi muletari velit. *d. l.* 24. *C. de appell.* apostelos dare debet. *l.* 6. §. *ult. C. eod.* Ratio juris et Statuta nostra dant literas compulsorias. *lib.* 5. *tit.* 2. *art.* 61.

3. Intra idem tempus acta eausae parti adversae, ut scribit D. Wissenbach. et alii *hic*, tradenda, sed *Nov.* 126. *c.* 3. sie ait, utrique litigatori acta per judicem esse tradenda, quod etiam praecipit *lex* 19. *C. de appell.* Addere petest judex relationem, at appellans refutatorias Preces, menet idem ex *l.* 6. §. *super his* 3. *C. de Appellat.* ubi id tantum de capitalibus causis admonetur. In eaeteris Apestuli sufficiunt.

4. Haec apud nos etiamnum observantur, et re et nominibus. *lib.* 3. *Stat. tit.* 2. *art.* 61. *et seq.* Sand. 1. 13. 3. Per Germaniam et Galliam Apostolorum petendorum necessitas est sublata, * Ord. Cam. *part.* 2. *tit.* 30. Gail. *obs.* 139. *n.* 15. Mynsing. *lib.* 4. *obs.* 16. Bugn. *de Leg. abrog. art.* 97. Et in Hellandia simpliciter exelevisse hune titulum, scribit Greenew. *hic.*

5. Frisii praeter Apostolos requirunt, ut Appellatio facta insinuetur parti adversae et judici *d. c. art.* 21. Quod ad partem adversam attinet, res habet evidentem rationem, Ideoque ejus omissio facit nullitatem appellationis: Sed judici jam quare eur facienda sit insinuatio, non admodum liquet, seu viva voce, sive per libellum fuerit appellatum. Ideoque e neglectu hujus requisiti, etsi Statutum in formis rerum agendarum alioqui rigide observandum sit, Curia

(a) *Pos.* 13. *et* 14. *tit.* 1. *h. l.* (b) *Pos.* 1. 2. 3. *et* 4.

* Quod in Saxonia ita se habere tantum abest, ut et aliud fatale Apostolorum redimendorum, † observantia fori nostri introduxerit, quod ipsum, si in termino a Judice praefixo non fuerit factum et observatum, appellatio pro deserta habetur. Ill. Griebner. in *Princ. Proc. Judic. L.* 1. c. 6. *sect.* 2. §. 6. Ill. Mencken. *Proc. Dissert.* 1. *Proemial.* §. 21.

† Hoc fatale in appellationibus ab inquisitione, inhibitionibus in suprema curia provinciali, monitorio, publicatione rescripti, decreti, aut sententiae, vel alias a futuro gravamine, in causis politiam et disciplinam concernentibus, item ab executione, et immissione, subhastatione aut in causis cambialibus, penitus sublatum, judex a quo saltem intra 8. dies ex officio, appellante certiore non reddito, judici ad quem, quid actum, significabit, sumptus etiam ad acta liquidabit, nec, appellante licet renuncianta, aliter faciet; tum judex ad quem, si non singulares circumstantiae aliud suadeant, absque communicatione rescribet, et, rejecta appellatione, partem aut patronum 5. te. et amplius thaleris puniet, addita rescripto clausula, ne ultam ulteriori appellatione moram sibi fieri judex a quo patiatur, *O. P. S. E. I. et E. Tit.* 35. §. 7. *Cons.* §. 8. ubi: Apostolis non redemptis, nihilominus, quid actum, ex officio judici ad quem significari debere, constituitur, sumptus vero ab appellante post principis rescriptum repetendos, esse, immo quoties appellatio videtur deserta, aut non admittenda, JCtorum sententiam non esse requirendam, sed referendum ad judicem superiorem, qui ejusmodi appellationes, indicta mulcta, et pro re nata, addita clausula, ne se amplius appellando morari patiantur, rejiciet. §. 9. cautum est, acta ad judicem ad quem esse transmittenda, sive refutatorii fuerint apostoli, sive reverentiales.

noo solet locum dare Nullitati, atque ita definitum est in causa *Joachini Laurentii contra A. C. van H anno* 1679.

6. (c) Addit idem statutum, ab aliis gravaminibus, quam a anntentiis definitivis, appellandum esse non alitar, quam in aeriptis. *art.* 58. 60. Alitor facta appellatio est nulls, ut judicatum in causa *Joannis de Jongo*, contra *Rykjon Stevens. ante fer. natal.* 1619. et rursus inter *Petrum Wibes et Scheltonem Gabbes Excip. d.* 19. *Martii* 1680. Statutum addit rationem, quia dobent addi rationes gravaminis, *d. art.* 58. quae non nisi scripto reddi possunt. Paulo aliter in *Jurispr. hod. part.* 2. *lib.* 2. *c.* 45. *n.* 16. *et* 17. Sed vide sis Mining. 3. *obs.* 15. *n.* 15. Gail. 1. *obs.* 130.

TIT. VII.

NIHIL INNOVARI APPALLATIONE INTERPOSITA.

I. Sententia Rubricae. II. In quibus casibus cesset hace regula. III. Quaestiones duae de novatione, dum pendet appellatio, decisae. IV. An locus sit novae litis contestationi et probationibus. Esse moribus. V. Non videri esse jure civili. VI. An liceat in libello appell. opponere compensationem, quae non fuit in priore instantia.

(a) Haec rubrica cootinet effectum Appellationis, qui est suspensio seotentiae, consequenter et executionis, *l. un. in pr. h.* idque sive recepta sit Appellatio, sive noo. *d. pr. l.* 6 *de Appell. recip. l.* 3. *C. de Appoll.* tam in criminalibus quam civilibus causis. *l.* 12. *et seqq. C. eod.* Quae res bano recepit limitatiooem quod is, qui duorum eoodemnatus est eriminum si quidem a leviori appellaverit, executio non differtur, secus si a graviori. *d. l. un.* §. 5. Pendet autem executio scilicet, quamdiu a judice superiore non est pronunciatum vel decisum, recipienda sit appallatio, an secus *d. pr. h.* Ideoque interim relegatus, libere in Patria versatur, ordine motus, caetum participat, ac ita in aliis. *d. l. un.* §. 2. *et* 4.

2. (b) Non est igitur juridica distinctio, qui vis appellatioois dicitur esse vel Suspensiva executionis, vel Devolutiva cognitioois. Sed jure Canonico et moribus introducta et applicita judiciis possessoriis, ubique valet: Scil. ut Sententia post appellationem executioni detur, sed tameo causa denuo cognoscatur, ut intelleximus *ad tit. de Appellat. recip. vel nou* Hujus rei minime spernenda est ratio, ne spe sufflaminandae executionis, moratores, appellatioois beneficio in causis, quae moram non ferunt, abutantur; Quare factum est, ut haec dictinctio ad alia quaequo judicia producta fuerit ejusmodi sunt apud nos sontentiae super relaxatiooe praediorum conductorum, super alimentis, mercedibus famulorum ac operariorum, denique omnes sententiae de summis iofra ducentos florenos, *lib.* 3. *tit.* 2. *art.* 67. de quibus Sandius 1. *tit.* 13. *defin.* 4. Addit autem, *hoc placito non contineri sententiam provisionalem, qua quis ad consignationem* pecuniae quantaecunque *damnatur.* Concise et obscure; Qoid enim, an hae manent in statu? Ita videtur, si excipiantur ab Edicto, quod exprimit causas, quae peodente appellatiooe accipiunt executionem. Sed est alitor. Dantur executioni, ut notat D. Saakma *not. Man. ad Stat.* 3. 2. 67. ubi judicatum de summa 1600. Carolinorum. Ratio, qoia tales sententiae non adfernot peremptorium praejudicium. Neo enim pecunia tolli potest, nisi sub cautione de restituendo, quod est communoo requisitum omnis pecuniariae condemnatioois infra summam praedictam, *Edicto* 18. *Septemb.* 1619. excepto Fisco, qui nunquam cavet; idemque de Fisco improprie dicto municipiorum esse observandum, placuit Curiae contrao ad libellum *W. G. contra Renicum a Burmanea, d.* 4. *Jun.* 1630. Si plures summae una sententia comprehendantur, si quidem ex una causa veniant, fit cumulatio, non si ex diversis principiis, quod Sandius *ibidem* exemplis illustrat. Idem negat, Edictum habere locum adversus actorem, si is repulsus et in expansas sit condemnatus, quae sunt infra summam 200. florenorum. Idqoe ideo, quod edictum noo loquatur de *sententiis absolutoriis*, sed tantum de condemnatoriis, quod ego neo in voteri, neo in recentiore Edicto reperio, utrumque de sententiis et appellationibus simpliciter loquitur.

3. Quaesitum est, an pendente appellatione pecuniae controversae Arresto praecludi possint, atque an haec sit novatio? Est sane aliquid novi, quod prius non fuit, sed tameo est ejusmodi novitas, per quam nihil innovatur, verum res manet in statu, quo fuit ante sententiam, adeoque et ante fieri potuisset. Judicatum est igitur arrestum post sententiam, appallatione pendente non praejudicare argumento *hujus*, rubricae. *d.*

(e) *Pos.* 13. *tit.* 1. *h. l.* (a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 5.

23. *Januar.* 1680. Aliud quaesitum fuit; Sempronius desponderat sibi puellam sine voluntate Patris, sed nondum eam solemniter duxerat. Condemnatus erat a judice loci in mujetam, et abstinendum a cohabitatione. Appellaverat, ac interim oohabitationem eontinuare volebat a qua judex inferior eum eohibebat. Conquerebatur, et petebat inhibitorias, argumento hujus tituli, quod haec esset innovatio, cohabitationem inchoatam sibi pendente appellatione permittendam: Sed repulsam tulit eo quod ille status eohabitationis ante celebrationem publicam, non erat status juris, sed facti illicitus. Si matrimonium fuisset legaliter celebratum, prohibitio eohabitationis fuisset innovatio, ut videtur. Dices; Matrimonium fit consensu: sed respondetur, postquam publici ritus sunt recepti, licet ad substantiam matrimonii non pertineutes, faciunt tamen, ne ante id tempus coire et cohabitare fas fit, ut *suo loco* dictum. Ita judicatum *ad libellum J. Helmichs*, *ante ferias O. S.* 1681.

4. Hactenus de novatione, quae inter utramque fsciendа sit instantiam. Sequens est consideratio an ipsum Appellationis judicium aliquid novi recipiat, novam Litis contestationem, novas probationes, argumentationes, an vero ex iisdem Actis a superiore sit judicandum. Non opus esse nova litis contestatione, nec probationibus uti licere novis, nisi pertineant ad positiones apud priorem judicem propositas, tradit D. Wissenbach. *ad h. tit. de Libell. Dimiss. th.* 2 Usum fori secus ferre, novamque fieri litis contestationem, novas admitti probationes, etiam super articulis plane diversis, satis constat, Mynsing. *cent.* 1. *obs.* 41. *vers. Contrarium.* Gail 1. *obs.* 75. *et* 105. Nostroque in Foro, quod minimum a Jure Civili recedit, adeo euncta nova sunt in processu Appellationis, ut praeter libellum et responsionem, juxta sententiam, et si quam reus fecerit oblationis copiam, nulla veterum actorum prioris instantiae neque positionum ratio habeatur. Debet quidem esse eadem res, eadem causa, et eadem summa petitionis: Sed argumentis et probationibus arbitratu suo utrimque novis uti possunt, *lib.* 3. *tit.* 2. *art.* 62. *et* 63. ae ita fert usus; ut aliquando contingat, causas male defensas vel adstructas, per appellationem, meliorum ope rationum testiumque et instrumentorum restaurari.

5. Quid Jus civile ferat, Leges docere debent. Ex *l.* 13. *C. de Procurat.* solet probari in appellationis judicio non esse opus nova litis contestatione. Sed est ibi oppositio inter primam litis contestationem et Appellationem: Unde potius diversum colligas. Et sane, quando novum esse judicium non negatur, *l.* 6. *in pr. C. de appell.* non videtur nova litis contestatio abesse posse; Cui accedit, quod in §. 1. *d. l.* 6. si litigator minus se allegasse crediderit, *quod in priore judicio fuerit omissum*, hoc apud eum, qui de appellatione cognoscit, prosequi licere traditur. In §. 2. datur facultas *alios producendi testes*, quam prius adhibiti fuerint, sine limitatione, *si sint eaedem positiones*; haec autem novum judicii processum, adeoque novam litis contestationem supponere videntur. At in diversum nos vocant alii textus. *Lege* 15. *C. de Appell.* praecipitur ut *acta judicii ad plenam instrutionem Superioris transmittantur, ne lis incognito negotio dirimatur.* In *l. ult.* §. 1. *C. eod* prohibentur litigatores uti dictis prioris instantiae, *nisi quid explicandum, aut, si quid novi habeant, addendum fuerit*; alioqui *sufficere* prioris judicii *gestorum volumina*, ad magistratus seriniorum *introducta.* Quod igitur suprema de novis probationibus dictum est, quomodo accipiendum sit, habetur *l.* 4. *C. de Tempor. Appell. Licentia patet tam appellatori quam adversae parti, novis etiam adsertionibus utendi, vel exceptionibus. quae non ad novum capitulum pertinent sed ex illis oriuntur et illis conjunctae sunt, quae apud anteriorem judicem noscuntur propositae.* Ex his constat, Superiorem Judicem ex iisdem actis causam cognoscere et sententiam ferre, salva partibus explicandi et addendi facultate intra eosdem disceptationis limites, ut non opus sit nova litis contestatione, cum etiam ab una parte persecutio fieri possit. *l. ult.* §. 4. *in pr. C. de Temp. appell.* ubi; *sive ex una parte, sive cognitionaliter.*

6. Moribus, ut dixi, Germaniae et nostris, necessaria est nova litis contestatio novusque Processus. Etsi in Hollandia, si quando a Curia ad Supremum Consilium fit appellatio, res ex iisdem actis judicatur, nec ideo novis probationibus, sine beneficio restitutionis uti licet. Groeneweg. *ad l.* 4. *C. de Tempor. appell* Idem de Gallis testatur Autum. *ad d. l.* 4. At in provocationibus a sententiis judicum inferiorum, alia ratio est. Sed Conclusio, ut antea dictum, id est summa petitionis semper in iisdem terminis versari debet; nec hactenus novum aliquid admitti potest. Ea de re sic est quaesitum; In priore instantia Reus injuriarum, concluserat ad rejectionem actionis, etsi injurias sibi vicissim illatas querebatur, quas compensari oporteret; verum hujus compensationis, conclusioni ipsi non insertae, non erat habita ratio. In Appellationis libello non modo referebat injurias sibi vicissim factas, sed etiam in conclusione petebat, ut compensarentur. Adversa pars excipiebat contra hanc novationem. Sed exceptio rejecta est, ob hanc rationem, quod Compensatio ipso jure fiat, etsi non petita; si modo ex actis de facto reciproci debiti constet, adeo ut petitio

compensationis non sit factum novum, quando qui compensat, nihil compensare dicitur. *l.* 21. *de Compensat.* In causa *Tiardi Hieronimy*, contra *Gabrielem Roqueval anno* 1680. (c) Denique probationem in judicio Appellationis incumbere iisdem, quibus in priore judicio incubuit, non est dubium, nisi vitium Processus arguatur, quod Appellans demonstrare debet. Mascard. 1. *de Probat. concl.* 115. Wissenb. *ad Tit. de Apost. num.* 24.

T I T. VIII.

QUAE SENTENTIAE SINE APPELLATIONE RESCINDANTUR.

I. Sensus rubricae. II. Inductio per species. III. Expositio l. 1. §. ult. h. t. *IV. De usu hodierno.*

Sensum hujus Rubricae dedimus ad *princ. tit. De Appellation.* scilicet, quid juris intersit inter Rescissionem, quae fit per Appellationem, et Nullitatem, quando Sententia est ipso jure nulla, † neque requirit hoc remedium. Casus, et eo ejus differentiae effectus adhuc ubivis duret, attigimus ad *tit. de Re Jud. n.* 48. Hoc sibi vult Rubrica; *Quae sententiae sine appellatione rescindantur.*

2. (a) Species videamus; cum contra sacras Constitutiones judicatur, appellationis necessitas remittitur: contra Constitutiones autem judicatur, cum de jure constituto, non de jure litigatoris pronuntiatur. Ergo si judex ita dixerit, neque filios, neque aetatem ad tutelae excusationem prodesse, vel potuisse defunctum etiam minorem quatuordecim annis testamentum facere, de jure constituto pronuntiasse intelligitur; quod si negaverit de aetate probatum esse, de jure litigatoris pronuntiasse intelligitur, quo casu appellatio necessaria est. *l.* 1. §. 2. *h. l.* 2. *C. Quando provoc. non est nec.* Porro neo opus est appellatione a sententia contra rem judicatam lata, *l.* 1. *C. Qu. provoc. nec. non est.* nec III. a judice incompetente lata, aut qui modum et tempus suae potestatis excessit, *l.* 5. *et* 6. *C. eod.* IV. vel ex errore calculi. *l.* 1. §. 1. *h.* vel V. si quis condemnatus tanquam contumax ex edicto peremptorio, quod neque propositum est nec in notitiam pervenit. *l.* 1. §. *pon. hic.* si reus tempore, quo sententia dicitur, in rebus humanis esse desiit. *l.* 2. *hic. l.* 59. §. *fin. de re jud.* VI. Si talis sit condemnatio, cui pareri per rerum naturam non potest. *l. fin. hic.* ede Struv. *h.*

3. Huc etiam pertinet, quando judex de causa Reconventionis non tulit sententiam, sed de conventione tantum, non est necesse hunc appellare ad effectum suspensivum executionis obtinendum, sic enim legibus obtinet, ut executio sententiae latae differatur, usque dum altera eoque perlata fuerit: sed tamen recte appellatur, scilicet ad effectum devolutivum cognitionis; quae est explicatio *l.* 1. §. *ult. h. t.* Ex quo loco suet hae duae observationes: I. Quod sententiae conventionis et reconventionis, pari non semper incedant passu. II. Quod distinctio inter effectum appellationis suspensivum et devolutivum, non sit penitus e jure aliena, quod quidem hoc casu liqueat.

4. De usu hujus tituli, Groenewegius *ad tit. C. Quando provoc. nec. non est.* Hic titulus nusquam receptus est, *ait*, Nostris enim et aliorum moribus * necessarie est Appellatio, etiamsi sententia sit ipso jure nulla, pluresque citat Galliae Belgarumque scriptores Rationem ait esse, quia *nullitates Processus hodie non attenduntur, si de meritis causae principalis constet.* Atqui haec ratio non convenit plerisque nullitatibus, quarum exempla *supra* scripsimus, quae ad substantiam negotii potius quam ad modum procedendi pertinent. Proinde si non est opus appellatione, praeterquam si vitium processus arguatur, nimis temere Censor universi tituli usum abolevit. Praesertim si addamus exceptiones, quas ipse ponit. Ait enim, Tituli usum superesse in ipsis vitiis Processus, si nullitas procedat ex defectu jurisdictionis, citationis, mandati procuratorii, et si lata sit nulla sententia in Curia suprema.

(c) *Pos.* 4. (a) *Pos.* 1. 2. 3. *et* 4.

† Quod ad nullitatis remedium attinet, negligenda est JCtorum nonnullorum distinctio, inter decreta et sententias; Quae in O. P. V. constituta sunt, de nullitate ex defectu citationis, vel mandati orianda, neutiquam sunt intelligenda: denique cum nullitatis remedio intra spatium Saxonicum interposito, incumberet ei, qui interposuerat, anniti, ut citationes intra geminatum spatium Saxonicum fiant, hoc nunc in simplex tale spatium coarctatum est. *O. P. S. E. I. et E. Tit.* 38. §. 1.

* Non certe Saxonicis, uti videre est ex *Ord. Proc. Saxon. Tit.* 38. et ad eum Commentatoribus. *inpr.* Ill. Mencken. *d. l. p.* 436.

Quas exceptiones si eddas ei, quod dictum, nullitatem adhuc usum habere distinctum, si aliunde quam ex vitio processus oriatur, parum aberit, quin Groenewegii crisin convertere liceat, usum tituli superesse hodieque, exceptis casibus quos ipse viderit; nec enim expressit. (b) Plane hoc verum est, querelam nullitatis per modum provocationis ad judicem superiorem factae administrari, per modum, inquam, non jure appellationum: cujus rei argumentum habeo, quod tales sententiae et similes, *tit. C. Quand. prov. nec. non est*, nunquam transeunt in rem judicatam; et ad 30. annos impugnari possunt proposita nullitatis querela apud eumdem vel superiorem judicem. Sera tamen nullitatis querela, temporibus appellandi elapsis, nisi evidens sit, non solet impedire excutionem, idque ob metum calumniarum. Gail. 1. *obs.* 113. *n.* 24. add. Struv. *h.*

TIT. IX.

AN PER ALIUM CAUSAE APPELLATIONUM REDDI POSSUNT.

(a) Huic Quaestioni, Quam Rubrica praefert, ita satisfacit Ulpianus in *l.* 1. *h. t.* In rebus pecuniariis agi possunt causae per Procuratorem, etsi ignominia inde sequatur: In criminalibus *non licet*, si causa sit *ex qua sequi solet poena usque ad relegationem*, ait textus. Quid si poena sit ipsa relegatio, licetne dare procuratorem? Licere censet Menoch. qui verba *usque ad* intelligit *exclusive*. 1. *de arbitr. cas.* 10. *num.* 129. *et cas.* 387. *n.* 13. Nec ratio abhorret; Etenim in poenis corporalibus dato Procuratore, non posset ipse reus absens adfici poena; quod in Relegatione habet facultatem; etsi in foro nostro sic est receptum; Ex vinculis reos mitti in exilium; nec ideo procurator, qui absentem defendat, in talibus admittitur. Nec alia mens Ulpiani in hac positione *d. l.* 1. Sed *si ea causa sit, ex qua sequi soletpoena usque ad relegationem, non oportet per alium causas agi, - plane si pecuniaria etc.* Adde Wissenb. *ad h. tit.* qui ex Claro et Gomezio narrat usum Fori hunc esse, ut si poena corporalis non sit, causa per Procuratorem agi possit. Quod juri nostroque usui, quemadmodum dixi, convenire non videtur.

TIT. X.

SI TUTOR, VEL CURATOR, MAGISTRATUS CREATUS APPELLAVERIT.

(c) Sic Rubrica legitur; disjunctiva tamen interposita, melius ni fallor, *Si Tutor, Curator., vel magistratus creatus appellaverit.* Agitur enim hic de provocatione a muneribus publicis, sive illa Tutela, vel Cura sit, seu Magistratus: non quid juris, quando is, qui Tutela aut Cura fungitur, ad Magistratum vocatus est, ut Rubrum nunc indicat. Qui vocatus est ad munus publicum, statim appellare potest. *l.* 1. *C. de temp. appell. l.* 1. *de vacat. et excus. mun.* Non tantum a tutela et cura, quae in privatis patrimoniis versantur, sed etiam a vere publicis administrationibus, ut si quis Centurio, Signifer, aut ordinis inferioris in civium centuriis crestus, aut etiam Diaconus; quomodo Doctorem Juris Rostochiensem, quem Diaconum sui creaverant, ad Supremum Suedici regiminis Consilium, quod est Wismariae, provocasse, et implorato Academiae nostrae, in qua promotus erat, testimonio, absolutum esse memini. Apud nos appellatio in talibus parum usitata, minime tamen abolita est, multoque satius foret, hoc uti remedio, quam tot conflictari difficultatibus: quot aliquando vidimus agitatos, qui id genus muneribus subducere se volebant. Olim etiam a tutela et cura statim appellari solebat, donec Divus Marcus ita constituit; *Si quis Tutor datus fuerit eum non oportere provocare; sed intra tempora praestituta excusationem allegare; et, si fueritrepulsus, tum demum appellare debere. l.* 1. §. 1. *Quando appell.* qua de re satis controverse, sat egimus *ad tit. de Excusat. n.* 7. Pendente appellatione non cogitur quidem ad munus subeundum qui appellavit, verum si rejecta sit appellatio, tenetur ad omne damnum papillo vel Reipublicae, quod exinde profectum est, sarciendum, *l.* 1. *h. t.* quo respectu, si pendente appellatione provocantes moriantur, haeredes eorum appellationem prosequi compelluntur. *l.* 2. *h.*

(b) *Pos.* 5. (a) *Pos. un.* (c) *Pos. un.*

TIT. XI.

EUM, QUI APPELLAVERIT, IN PROVINCIA DEFENDI.

TIT. XII.

APUD EUM, A QUO APPELLATUR, QUAM CAUSAM AGERE COMPELLENDUM.

(a) Appellstio est remedium trslstitium, neo etsi judicis sententia rotractetur, is ideo causam offensionis adversus appellantem suseipere debet. Neo enim quod superior judex eliter sentit, ad ipsius cootumelism pertioet. Nihil tam humanum, quam

Diversum sentire duos de rebus iisdem.

Forte qui primus judicavit, eliter secundis curis censeret; Forte aliis rationibus causam Appellans suam defendit, quam prius. Mali vel stulti suot judices, qui appellatiooes e so fierl aegre ferunt. Reperiuntur tameo, et usus doeet dari hodieque, nec olim dofuisse, docent hae duae Rubrieae.

Appellavit aliquis e Praoside Provioeiae; prosequeodae appellationis causa abest e Provincia, vel domi quidem agit, sed judioem qoasi offensum perhorreseit. Non vellet apud eum defendere causam: Sed Jura non probsot hone metum inaoem, nec absentiae causam, utpote quae oon est Reipubl. gratia; Jurisdietio nihilominus habet euum consuetum cursum, defendere se debet eppellaos io aliis causis apod competens ordinarium tribuoal. Quod si judicem appellationis putet irritatum, in nova causa iniquiorem sibi fuisse, paratum est deono Appellationis remedium, *his titt.*

TIT. XIII.

SI PENDENTE APPELLATIONE MORS INTERVENERIT.

I. Quid juris, si haeres non extet, aut si extet, quando non teneatur prosequi appollationem. II. Quando haeres ad prosequendam appellationem teneatur. III. Quid usu hodierno.

(s) Non decet esso mortie immemores, quae ut res sunt hominum, spes litigantium nova judicii expectatione sufflaminatas eludit. Appellente mortuo sioe haerede, non potest non evanescere appellatio. *l. un. pr. h.* Haeres si extet, is appellationem prosequi vel deserere potest, eogi non potest, nisi quatenus iuterest tertii, *d. l. un.* quemadmodum de haerede Tutoris dati intelleximos ex *l. 2. Si Tut. vel Curat.* eum oogi ad prosequendam appellationem, propter perieulum medii temporis. Quin etiam Tutoris, qui rationes reddidit, haeres appellationem in causa pupilli institutam prosequi teoetur, *l. un.* §. 1. *h.* ubi ratio redditur, quia sufficit Tutorem mortis tempore ad causas appelletionis reddendas obligatum fuisse. Tenetur igitur haeres, quemadmodum defunctus tenebatur, de quo mox aliquid.

2. Proinde quoties nihil ioterest alterius, appellationie prosequendae nulli incumbit necessitas, *d. l. un. h.* ut si pater tuus ad Decurionetum evocatus appellationem ioterposuerit eaque peodente concesserit io fatum *l. 4. C. h. t.* Item, si quis sine ademptione bonorum relegatus sit. *d. l. un.* Nam bonis relegati, aut deportati, vel in metallum dati, per seotentiam publicatis, haeres ea non potest recuperare, oisi appellatione superior factus, *d. l. un.* secus si requireodus, dumtaxat ab annotatione bonorum appelleverit, ee ante sotam causam mortuus sit; tunc bona ad successores pertineat, *l. 2. C. h. t.* quod eat exemplum, nisi fallor, appellationis eb ioterlocutione, vel gravamine non definitivo, nee quod per definitivam eorrigi non possit. Quod si capitali supplio damoatus, bonis etiam publicatis, appellaverit, intereaque decesserit, hujus morte erimen extinguitur, neque de bonis ulla quaestio superest. *l. 3. C. h. t.* Denique casu quo haeres tenetur ad prosequendam appellationem, non tantum habet residuum tempus quod defuncto de fatalibus supererat, sed etiam alios quatuor menses, eosque, si deliberandi jus impetraverit, post tempus deliberaodi elapsum. *l. ult. C. h. t.*

(s) *Pos. un.* (e) *Pos. un.*

3. Moribus hodiernis, quemadmodum defunctus introducta appellatione per oblationem Apostolorum, (ubi recepti sunt) compelli potuisset ad anticipandam prosecutionem appellationis, vel ad eam deserendam, idem adversus haeredem decerni potest, quod in Hollandia vocant ad *arrementa*, id est, armamenta causae *readsumenda*. Groeneweg. *ad h. tit. C.*

DE REVISIONE.

IV. Revisio cum supplicatione confertur. V. In effectu executionis, cautionis. VI. Quo tempore petenda Revisio. VII. Modus introducendi. VIII. De mulcta temerariae revisionis. IX. Modus eam prosequendi. X. Effectus sententiae. XI. In quibus causis cesset. XII. An detur Revisio Revisionis. XIII. De Revisione majore, quibusdam in locis.

4. Ad imitamentum supplicationis jure Romano cognitae, moribus hodiernis introductam esse *Revisionem*, aliquoties dictum. Opus est paulo pressius comparentur. Supplicatio datur a sententia praefecti praetorio, quoniam is vice *sacra*, id est Imperatoris, judicat. *l. un.* §. 1. *de Off. praef. praet.* Revisio fit etiam a sententia supremae Curiae, quae Principis vice judicat.

5. (b) Supplicatio facta cis decem dies a lata sententia, suspendit effectum sententiae, nisi victor caveat de restituendo, si judicatum retractetur; post decendium facta, non suspendit executionem. *Nov.* 119. *c.* 5. ubi Rittershus. 10. *Expos. c.* 4. *num.* 6. Idem in Revisione servatur, et cautionem oportet esse fidejussoriam *d. c.* 5. non sufficiente possessione rerum immobilium, ut in nostra Curia saepe judicatum; nec juratoria cautione, pro illustribus et pauperibus, ut olim judicio sistendi causa; quia rem peremptorii praejudicii a jurejurando suspendere, non est tutum: ac ita servatur apud nos etsi aliter Bouricius fori nostri celebris Advocatus, *tract. de offic. Advoc. sub. fin.* Quatenus autem securitati victoris consuli potest, haud abs re sit non spernere jusjurandum, quomodo judicatum in Quaestione super Emptione venditione. Post revisionem intra decem dies institutam, jurejurando victoris interposito, placuit Emptionem venditionem pro valida recipi, et traditionem rei venditae, ac ita sententiae executionem fieri, sed pretium durante revisione, manere sub Emptore, qui Revisionem petierat, usuris quincuncibus, si judicatum maneret, et sub lege finiendi Processum revisorium intra sex menses. Erat *medium* quid, *d.* 30. *Jan.* 1640. *referente Nauta.*

6. Caeterum, post decem dies, Supplicatio retinet quidem effectum cognitionis devolutivum, ut retractatio fieri queat sed absque suspensivo effectu executionis. *d. cap.* 5. *Nov.* 119. *in fin.* Idem de Revisione servetur: quae apud nos eo modo institui debet ac introduci intra biennium post sententiam, *lib.* 3. *Statut. Fris. tit.* 32. *n.* 2. *Ed d.* 24. *Febr.* 1654. ubi de reliquis ad Processum Revisionis spectantibus. Quod si victor biennium expectare nolit, quatenus saepe Revisiones eludendae executionis causa proponuntur, receptum apud nos est, quemadmodum de Appellatione diximus, ut victor impetrantem Revisionem vocare possit ad inchoandam instantiam, cui si non pareat, judex ei terminum praefigit, intra quem agat, aut sileat.

7. Modus in Revisione disceptandi, est ab antiquo apud nos, ut Advocatus Impetrantis prima audientia, viva voce causas faciendae retractationis exponat, quod a majoribus ita institutum est, ut saltem hac solemni occasione Patroni forensem eloquentiam exercerent: Sed postquam orationes judiciales apud nos exoleverunt, Advocati ad specimina dicendi plerique nullo modo facti, (magno ut mea quidem fert animi sententia, dedecore florentissimi ordinis) Patroni revisionis, ordini publico dicis gratia satisfaciunt, et libellum Revisionis viva voce praelegunt e scripto, raptim et defunctorie; quod nec aliter ut par est, a circumstantibus accipitur, ut nec aures suas commodent, neque res alias satagere desinant; non sua profecto, sed recitantium culpa, ut longe satius esset libellum simpliciter tradi, quod fit in aliis instantiis, quam *gloriosae vocis* quam leges Advocatis adscribunt, *honorem* prostitui.

8. Juxta introductionem Revisionis, Impetrantes consignare debent quinquaginta florenos Carolinos, quos sententia emendata recuperant, alioqui perdunt; qui successerunt in locum quinquaginta librarum argenti, quae mulcte temere appellantibus olim infligebatur. *l.* 5. *in fin. C. Quor. appell. non recip.* Quid si transactione causa finiatur; Existimo posse repeti mulctam, quia non aliter praestatur, quam si *claruerit appellantem cognitoris intentionem perperam suspendisse*, *d. l.* 5. *in fin.* quod transactione facta non magis liquet, quam si non petiisset revisionem, cui accedit, quod minime peccare videtur qui in dubia causa contra fiscum facile responderit. *l.* 10. *de jur. Fisc.*

(b) *Pos.* 2. *tit.* 7. *h. l.*

9. Ad libellum Revisionis victor et jam denuo reus, vel respondere, vel ad dicta prioris instantiae se referre potest, si nihil addendum habeat. Alioqui juris rationes, in quascunque velit partes, novas adducere potest; de facto nihil admittitur novi, nec etiam exceptiones seorsim a responsione principali, verum si quas habeat exceptiones, hae pariter cum litis contestatione proponendae sunt, ad *utrumque finem*; concludendo non admitti Revisionem ob exceptionem, vel in priore sententia *persisti*. Scripturis ad duplicam usque perfectis, hae cum prioribus Actis a partibus *evangelisantur*, (hoc vocabulum vi clam irrepsit in usum fori nostri) id est conferuntur et instruuntur: ipsique Curiae, cui nemo quam Illustrissimus Gubernator adjungitur, revidendae offeruntur. Alibi acta mittuntur ad alias Curias, aut novi judices prioribus adjunguntur.

10. Sententia pro uno consortium lata, prodest etiam alteri, sicut in Appellatione dictum est *ad tit. de Appell.* atque a Curia nostra judicatum est in causa *Annae Agnetis Baronis de Swatsenb.* viduae *Allavillae*, contra *Helenam B. de Swartsenb. d.* 5. *Jul.* 1679.

11. Cessat Revisio sine dubio in causis, quarum appellationes non recipiuntur; de quibus *in tit. de Appell. recip.* Praeterea non placuit in Curia nostra admittere Revisiones in causis criminalibus, ne quidem capitalibus, ut judicatum ad Supplicationem *Cornelii Cuijk* capitis ob homicidium damnati. *d.* 9. *Martii* 1619. Nec in matrimonialibus, ut saepe rescriptum est, nominatim in causa *Idae Hania*, contra *Matthaeum Romberti*, *ante ferias O. S.* 1610. Jacobi Feikena, *contra* Johannem Nicolai, *Septembr.* 1646. *Catharinae Lautenbach*, contra *Johannem Buttinga*, *d.* 10. *Decemb.* 1660. Non puto etiam in judiciis possessoriis admissum iri, *arg. l. un. C. Si de moment. poss.* et quia transitus ad petitorium judicium abunde satisfacit. Nec admittitur in pronunciationibus ad libelles supplices, ne quidem in casu, quo *Reauditio*, negetur, id est, quando Rescriptum, causa summatim cognita, ab ipsa Curia datum est, ut memini esse decretum et rescriptum.

12. Quaesitum est, an detur Revisio Revisionis; et dicendum non dari, quia post Supplicationem a sententia Praefecti Praetorio, non datur alia supplicatio. *l.* 5. *C. de Precib. Imp. off. Ordin. Judic. Spir. tit.* 53. §. *Im. Fallaber.* Gail. 1. *obs. ult.* Et quia noxium est publico bono, atque absurdum pro auctoritate rerum judicatarum, praesertim ubi Revisio fit ab iisdem judicibus. In nostra tamen Curia vicit haec sententia, quod bis quidem condemnatus novam revisionem petere non possit, verum qui priori instantia vicit, at in Revisione condemnatus est, ut hic denuo Revisionem petere possit. Etsi non defuere, qui aliter sentirent, quos inter Vir Ampliss. *D. Matthias a Vierssen*, Supremae Curiae Senator Primus, libello *edito* contrariam sententiam adstruxit, hinc ab annis fere XXXVI. Sed ea, quam dixi, opinio in usum fori invaluit; forte etiam, quominus ad revisionem magnam, quam vocant, partibus ingenti sumptu et motu transire necesse sit.

13. Etenim ut Supplicatio potest fieri vel ad ipsum Praefectum Praetorio, ejusque consiliarios vel ad Principem, *Nov.* 119. *c* 5. sic etiam Revisio vel fit, ad Supremam Curiam, vel ad Principem ejusve Consilium supremum; hoc tamen discrimine, quod in jure Romano, non sunt diversi gradus illi. *d. l.* 5. *C. de Precib. Imp, off.* Sed Carolus V. in Edicto *d.* 30. *August. art.* 13. *et* 10. *Julii* 1551. cum Ordd. consensu statuit, ut post Revisionem adhuc liceat petere aliam Revisionem faciendam a magno Senatu Mechliniensi. Et abrogato Hispaniae Regis Imperio, suprema Supplicatio fit ad Ordines tanquam ad Principem Reipubl. a quibus vocantur in Consilium tres exteri et totidem Indigenae Jurisconsulti, tam theoriae quam praxeos periti, atque ab his eodem modo proceditur, quo prius apud Curiam Mechliniensem solebat, ex Decreto *d.* 10. *Maji* 1593. secundum formam *lib.* 3. *Stat. tit.* 32. *n.* 13. *n.* 20. *et n.* 25. praescriptam. Diximus in *Jurispr. hod. part.* 2. *lib.* 2. *Cap.* 46. *et* 47.

TIT. XIV.

DE JURE FISCI.

I. Quid fiscus, et differentia ejus a re Caesaris privata, Domanio, Ærario. II. Municipia non habere Fiscum, et usus ejus rei. III. Species; et jura fiscum augendi. IV. Aliae species, et jura conservandi fiscum.

(a) Absoluta sunt, quae ad jus privatum pertinebant. De jure publico ex professo in Institutionibus et in Pandectis non agitur. Quaedam nihilominus hisce capitibus, quae sequuntur, delibata sunt, facto initio a Jure Fisci. Significat autem Fiscus pecuniam publicam: metonymice, quia Fiscos, id est viminea vasa olim custodiendae pecuniae publicae adhibebant.

(a) *Pos.* 1. *et* 2.

Discrimen ab aerario, quod Romani Principes verbo magis quam re introduxerunt, de quo diximus in *lib.* 3. *Digress. cap.* 21. hodie nullum est, nisi quod fiscus maxime de emolumentis, quae Princeps habeat extra tributa et vectigalia, at de his aerarium magis usurpatur. Ait quidem Ulpianus in *l.* 2. §. 4. *D. Ne quid in loco publ. Res fiscales quasi proprias et privatas esse Principis*, hoc tamen *reduplicato*, ut ajunt, accipiendum, *qua Principis*. Nam bona Caesarum privata sub primis Imperatoribus et a Fisco et ab aerario distincta fuere; sicut hodieque bona Principum forent, si cum Domanio non jungerentur, quomodo Borbonii suas ditiones, quas olim habuere distinctas a Domanio Gallico, si cum eo non essent unitae, etiamnum haberent, quemadmodum Rex Angliae Guilielmus suas res, tam a Domanio quam ab aerario et a Fisco Anglicano tenet separatas. Ubi hoc servetur, ibi bona Principum quadruplicia esse queunt; Privata, Domania, Fiscalia, et Ærarium. Privata, quae Princeps non habet ut Princeps, sed etiam ante et citra Principatum. Domania, res dominicae in Jure, sunt bona perpetua et stabilia, Principi unde se exhibeat adsignata. Fiscalia, sunt emolumenta fere accidentalia, quae maxime per confiscationes accedunt. Ærarium, contributiones et vectigalia continet. Prima et ultima species huc non pertinent: Duo media saepe confunduntur aut junguntur, etiam in *hoc tit.* ut videtur; Etiam moribus passim, quomodo apud nos quoque fiscalia cum Dominicis rebus sive domanio, conjunctim habentur.

2. Sit igitur Fiscus, pecunia Principis publica, quam proinde non habent civitates municipales, *l.* 10. *D. ad Municip.* quibus prolude nullum ex his, quae fiscalia dicuntur jura, competit: * quomodo a nostra Curia superioribus annis judicatum est. Cum peregrini conjuges, sine heredibus, ut credebatur, defuncti essent, *Bolsvvardiae* Civitas illa bona sibi vindicaverat: Sed reclamante procuratore generali, *Domanio* Provinciae adjudicata sunt: Etsi Querela Civitatiom, quod cum Pauperes Peregrini illorumque liberi ad ipsarum onus pertineant, Divites ad earundem referri debeant commodum, specie momentoque rationis non caret. Balswardienses tum quidem id egerunt, ut cognati illorum Conjugum ignorati emergerent, quod fere usu venit.

3. (b) Jure Fisci praecipue distingui possunt ita, quod vel ad Fiscum augendum, vel rem ejus custodiendam pertineant. Ad augendum eum spectant commissa vectigalium, Indignorum et variae mulctae, Caduca, Bona vacantia et Nullius. De Commissis vectigalium, (nam vectigalia ipsa sunt aerarii) diximus *ad tit. de Public. et de Vectigal. et Commissis*. De haereditatibus et legatis, quae ut indignis auferuntur, habuimus proprium titulum *de His quae ut indig.* Huc etiam referri potest, qui aedes suas negotiandi causa destruxit. *l.* 1. *h. et l.* 52. *de Contrah. emp.* His proximae sunt mulctae, quae varias ob causas Fisco applicantur, veluti poena 50. aureorum in singulos terminos motos. *l.* 3. *de Term. mot.* Qui rem litigiosam vendidit, praeter rei ipsius restitutionem, alterum tantum Fisco inferre cogitur. *l. ult. C. de Litig.* Sed non est hic animus omnes mulctarum species referre; Summa capite jurium fiscalium monstrare satis est. Bona damnatorum huc etiam pertinent, de quibus *ad tit. de Bon. damnat.* egimus. *Caduca* fuerunt olim Haereditatum et Legatorum, quae inter mortem Testatoris apertasque tabulas deficiebant, quae ab Augusto instituta sustulit Justinianus *in l. un. C. de Caduc. toll.* De bonis vacantibus eorum, qui sine haerede moriuntur, locuti sumus in parte prima *lib.* 3. *in pr. ad Nov.* 118. *sub. fin.* ubi de denunciatione. Caeterum, nec ab omnibus denunciari potest, *l.* 2. §. *pen. l.* 13. §. *extat.* 5. *l.* 16. *et l.* 18. *hic.* neque ex omnibus causis. *l.* 1. §. *an bona.* 1. *l.* 11. *l.* 13. *l.* 22. §. *pen. et l.* 45. *hic.* Sunt etiam poenae singulares in temere aut falso deferentes constitutae. *l.* 2. *l.* 15. *et l.* 42. §. *fin. eod. l.* 4. *C. de delator.* Nec coram omni judice, *l* 7. *et l.* 45. §. 7 *hic. t. t. C. ubi caus. fiscal.* nec omni tempore causa fiscalis agitari potest. *l.* 13. §. *antepen. hic.* Nam omnibus fiscalibus quaestionibus 20. anni praescribitur, *l.* 1. §. 3. *hic. et l.* 13. *de divers. temp. praesc.* excepta quaestione de vectigali non soluto, cui quinquennio, *l.* 2. *de vectigal.* et nunciatione bonorum vacantium, cui quadriennio praescribitur. *l.* 1. §. *Divus.* 2. *hic.* De Praescriptione servamus, opinor, hodie; In caeteris, quae ad modum regiminis publici spectant, quisque suae reipublicae ordinem consideret oportet.

4. (c) Ad conservandum fisci jus varia pertinent. Habet enim multa jure praecipua, id est privilegia fiscus, veluti jus pignoris ex contractu, *l.* 46. §. 3. haud periode in poenis, *l.* 17. *et l.* 37. ** neo cum privato succedit *l.* 6. *h.*

(b) *Pos.* 7. 8. 9. 10. *et* 11. (c) *Pos.* 3. 4. 5. 6. 12. 13. 14. 15. *et* 16.

* In Saxonia tamen Jure fisci in bonis vacantibus, ad eos pertinent, qui Jurisdictionem Criminalem habent, teste Beiero in *Delin. Jur. Civ. ad Inst. de Success. ab Intest. pos.* 40. *et in not. et ad D. h. pos.* 2.

** Abiit tamen e Juris civilis placito Legislator Saxonicus in *in O. P. S. tit.* 43. §. 5. j. tamen ad *d. t. O. E. S. Nov. p.* 252.

Quibus adde, quod is qui non adquirit, in fraudem fisci alienare censetur, *l.* 45. quod alioqui secus est, *l.* 6. *pr. de his quae in fraud. cred.* excepto tamen patre, qui capitis damnatus haereditatem in *fisci* praejudicium repudiare potest. *l.* 26. *h. t.* Speciale etiam est, quod is qui res fisci subtrahit, in quadruplum saepe punitur. *l.* 6. *in fin. ad L. Jul. pecul. l.* 46. §. *f. h. et l.* 1. *in f. C. de natur. lib.*

Privatos ad editionem instrumentorum cogit. *l.* 2. §. 1. *hic.* Conductores rerum publicarum invitos detinet, si maximos fructus fecerint. l. 11. §. *fin. de Publ. et Vect.*

Debitores debitorum suorum exigit. *l* 3. §. *multa* 8. *hic.* Evictionem simplicem tantum praestat, licet duplam promiserit. *l.* 5. *eod.* adde §. *ult. I. de Usucap.*

Denique, in fisci venditionibus Ædilitium edictum locum non habet *l.* 1. §. *illud.* 3. *de Ædilit. edict.*

Omnis venditio, ab eo quasi in diem facte, recipit adjectiones. *l.* 1. *C. de vend. reb. civ. et.* 1. 4. *C. de fid. et jur. hast. fisc.*

Aliis creditoribus soluta aufert, ut sibi satisfiat. *l.* 18. §. *fin.* eum. *ll. sequ. h. t.*

Usuras in bonae fidei contractibus ex mora non praestat. *l.* 17. §. *fiscus.* 5. *de Usur.*

Res dominicae, ut et Augustae, iisdem privilegiis donantur, quibus res Fisci, *l.* 6. §. 1. *h.* de quo tamen vide *l.* 56. *de Leg.* 2. cum *l. seq.*

TIT. XV.

DE CAPTIVIS, ET DE POSTLIMINIO, ET REDEMPTIS AB HOSTIBUS.

I. Captivi quotuplices. II. Postliminii definitio et origo. III. Definitionis expositio. IV. Explicatio l. 12. in pr. h. t. *V. Continuatur explicatio definitionis. VI. Quotuplex postliminium, de effectu ejus in genere. VII. Quaenam res postliminio restituantur. VIII. Non matrimonium, quod secus hodie. IX. Nec jura imperii vel magistratus aliive honores. X. Secus in libertate et jure imperii totius populi alicujus. XI. Societatis et foederis jura postliminio non restitui. XII. Conclusio ad hypothesin. XIII. De redemptis ab hoste.*

(a) Tria membra sunt hujus Rubricae. Primum est de Captivis. Hi vel in bello solemni, vel civili, vel a piratis sunt capti. Bellum solemne vocamus, quod geritur ab his, qui habent summam potestatem, more gentibus recepto. Tales vel pugnantes capti, vel armis superati hostibus se dederunt. Ex his generibus qui a latronibus et piratis capti sunt, non egent postliminio, *l.* 19. §. 2. *h.* nec etiam capti bello civili. *l.* 21. §. 1. Et qui hostibus superati se dederunt, beneficio postliminii habentur indigni, *l.* 17. *h. t.* quod ut intelligendum, mox videbimus. Supersunt capti bello solemni in calore pugnandi, quibus est Postliminium.

2. Est autem hoc nihil aliud, quam Jus ex redita in limen, id est, in fines publicos; aut plenius, est Jus, quo qui captus ab hostibus et eodem bello ad suos reversus est, omne suum jus tam ad personam ejus, quam ad patrimonium pertinens, ita recuperat, ac si captus non fuisset. *l.* 5. §. 1. *h. et l.* 19. *C. de postlim. revers.* Scilicet, postquam jus belli invasit in societatem humanam, ratio miserationis eorum, qui armis victi hostibus serviebant, causam dedit gentibus de aliquo remedio cogitandi, quo jus eorum, si quando e manibus hostium evasissent, integrum maneret. Cum enim ex simplici ratione juris, qui in hostium potestate sunt pro nullis habeantur, nihil aliud ex juris, inquam, rigore consequi poterat, quam ut bona eorum fierent occupantium. Quod cum merito acerbum videretur, Postliminium ita stabilitum est, ut quamdiu spes aliqua reditus in Patriam superesset, omnia captivi bona juraque integra manerent, quae reversus quidem illibata reciperet, mortuus ad successores suos transmitteret; Cui rei adjuvandae Lex Cornelia in urbe Roma fuit, de qua in *l.* 10. *l.* 12. §. 1. *et l.* 18. *D. h. t.*

3. Persequamur dictam definitionis. Postliminii jus competere dicitur *Captis*, non igitur transfugis; Nam qui malo consilio et proditoris animo Patriam reliquit, merito hostium numero habendus est, ait Paulus in *l.* 19. §. 4. *h. t.* quanquam servus transfuga postliminio ad dominum revertebatur, siquidem huic nihil imputari poterat. §. 5. *d. l.* 19. Idem Paulus in *l.* 17. tradit et eos carere postliminio, *qui armis victi hostibus se dederunt*; quod ratio vult non de iis intelligendum, qui in conflictu oppressi inenotiacati se fidei hostium commiserunt, de quibus Modestinum accipimus in *l.*

(a) *Pos.* 1.

4. *d. t.* ubi eos, qui hostibus deduntur, jure postliminii reverti scribit: Verum de talibus, qui vel dimicationem expectare non sustinuerunt, vel ubi post praelium se receperant, desperatione evadendi, salutem ab hoste pacti sunt. Neque distinguit Paulus, utrum satis virium fuerit illis ad resistendum, an secus; idque duplici ratione firmatur. Prima est, quod Gentes pacta cum hostibus inita velint esse rata; proinde qui se sponte servum fecit hostis, optimo jure manet ejusdem servus, neque domino suo, cui submittere se voluit, subducere sese potest. Altera ratio est, ut discrimen inter eos sit, qui re bene gesta, vi majore subacti sunt, eosque inter, qui insignius mollitiae quam fortitudinis specimen ediderunt. Prima ratio una cum servitute hodie cessat, altera etiamnum obtinere videtur: Non minus enim aliis gentibus quam Romanis convenit id quod Tryphoninus ex Servio citat, fere in hunc modum; quod majorem civibus in fortitudine bellica, quam in pactione spem esse sitam oporteat, in *l.* 12. *eod tit.*

4. Caeterum, qui bello repente exorto apud hostes deprehenduntur, his nihil obstat, (etsi absque pugna in hostium potestatem venerunt) quominus postliminio gaudeant, idque Tryphoninus his verbis tradit in *d. l.* 12. *in pr. Verum in pace qui pervenerunt ad alteros, si bellum subito exarserit, eorum servi efficiuntur, apud quos jam hostes suo facto deprehenduntur.* Pro *facto*, quod est in Florentine, alii volunt legi *pacto*, alii *fato*, quod et Wissenbachius noster ut indubitatum amplectitur, *ad tit. ff. de Postlim. th.* 18. *et* 20. etiam Grotius *lib.* 3. *cap.* 6. *n.* 12. qui id habet ex Cujacio, *dissimulato ejus nomine*, ait Wissenbachius, (quasi idem ipsi nunquam excideret, et quotusquisque non aliquando ita!) Refert dein praeceptor noster conjecturam Salmasii et Heraldi, quorum ille sic emendat, *apud quos jam hostes suis factos.* Hic ita, *hostes suos factos.* His illud *fato* nimis in eo loco Poeticum visum esse, opinor. Si per tantos viros liceret, quod scio quam aegre obtenturus sim, Florentinae cupiam acquiescere lectioni; *apud quos jam hostes suo facto deprehenduntur*: Opponuntur enim his, qui *facto* manuque *hostili* in servitutem rediguntur, alii, qui sponte venerunt ad hostes, ac ita *facto suo* causam servituti dederunt. (1)

5. Sequitur in definitione, *ab hostibus.* Justum enim ac solemne bellum sit oportet, ut locus fiat postliminio, sicut diximus: Proinde, qui a piratis et latronibus capti sunt, non egent postliminio; siquidem homines, aut res ita captae, jure gentium dominos non mutarunt, *l.* 24. *h. t.* eademque ratio est in civilibus bellis, *l.* 21. §. 1. *eod. tit.* quod tamen de rebus ab Algeriensibus, Tunetanis, Zalaeensibus, Tripolitanis, aliisque barbaris piratica captis, non esse statuendum, a Senatu Parisiensi judicatum esse refert Grotius *lib.* 3. *de J. B. et P. c.* 9. *sub fin.* ac ita sine dubio servatur, ut res ab illis captae atque dein ab aliis populis foederatis amicisve receptae, pristinis dominis non restituantur; Qui tametsi latrones sint, nihilominus Civitates sunt; quarum jus praedatorio instituto non amittitur, quando olim apud Graecos, teste Thucydide *l.* 1. et Germanos, Tacito *lib. de mor. Germ.* latrocinium quasi jure, saltem externo, exercitum fuisse constat. Succedunt verba definitionis, *et eodem bello ad suos reversus est.* Modus, quo reditum sibi paraverit, dolo an vi, clam palam, non attenditur, *dolus an virtus, quis in hoste requirat,* ait apud Maronem Riphaeus, *justissimus unus, qui fuit in Teucris.* Idem est, si ultro ab hoste sit dimissus, modo animum habeat partes suorum sequendi. *l.* 26. *d. t.* Proinde qui fide redeundi ad hostem data, domum venerunt, his necdum postliminii facultas datur, quemadmodum de Regulo, qui Carthagine Romam dejurio ad reditum obstrictus concesserat, respondetur in *l.* 5. §. 3. *eod tit.* Reversus ad suos dicitur, quia intra suorum praesidia perductus est, et civis manet, ut fuerat, antequam in hostium praesidia perduceretur. *l.* 5. §. 1 Sui autem non simpliciter ii sua cujusque Patria sunt, verum productus est usus postliminii ad reditum in gentem amicam sociamque belli et earumdem partium. *d. l.* 5. §. 1. *et l.* 19. §. 3. *eod. tit.* Denique, *eodem bello* oportet esse reversos, ut postliminium valeat: Nam pace facta, captivi aut res captae non aliter postliminio gaudent, quam si reditus bello captorum, aut restitutio rerum adeptarum conditionibus sit comprehensa, quomodo accipienda videtur *l.* 12. *in pr. eod. tit.* Ratio non est obscura, siquidem ea, quae capta sunt, belli jure semel facta capientium, pace composita penes eos consolidantur, et sic pleno iisdem adquisita, deinceps eorum dominio subduci nequeunt; quae ratio alia pleniori ratione explicatur a Grotio. *d. lib.* 3. *c.* 9. §. 4.

6. (b) Effectus postliminii hic est, quod Reversus *omne suum jus tam ad personam, quam ad patrimonium pertinens recuperet.*

(b) *Pos.* 2. 3. *et* 4.

(1) *Confer Corn. van Bynkershoek* observat. lib. 1. cap. 20. et lib. 4. cap. 14.

Hinc duplex postliminium, personarum, vel rerum datur, sive, ut aut ipsi revertamur, aut aliquid recipiamus. *l.* 14. *pr. h.* Primae species, abolita inter Christianos servitute, vix ullum habet usum hodie: Verum altera quominus etiamnum valere queat, nulla causa esse videtur; quin obtinet indubitato: Sic tamen, ut quod in definitione postremum est, *Perinde ac si captus non fuisset.* quorum vi verborum ea quoque sibi vindicat Redux, quae si in urbe mansisset, per se aut per alium adquisivisset; id, inquam juris Civilis potius, quam juris Gentium esse videatur. Nam ejusmodi operatio, quae retro fit, cum naturaliter ea quae facta sunt, infecta fieri nequeant, absque fictione juris civilis non potest intelligi. Unde notissima fictio postliminii, qua is, qui ab hoste rediit, quasi semper in urbe mansisse, nec unquam fuisse captus ponitur. §. 5. *Inst. Quib. mod. p. pot. solv. l. pen. de Suis et legit. haered.*

7. Jam quod ad res, quarum statuitur postliminium, attinet primum et praecipue in hac causa sunt res immobiles, Quae expulsis hostibus non publicantur, neque praedae cedunt, verum ad priores dominos redeunt, ut docet Pomponius in *l. si captivus.* 20. §. 1. *d. tit.* Idem de omni jure, quod solo adhaeret, imo et de usufructu, et de jurisdictionibus haereditariis statuendum esse, recte monet Grotius *d. cap.* 9. §. 13. Denique cessat postliminium in Rebus mobilibus bello captis, quoniam illae in praeda sunt, manentque eorum, quicunque eas recuperaverint, aut per commercium justoque titulo comparaverint, quomodo accipiendus Labeo in *l.* 28. *d. tit.* At veteres excipiebant res quae in bello usum habere poterant, *l.* 2. *eod. tit.* e quibus tamen iterum arma excepta volebant, quoniam haec sine flagitio in bello non emittebantur. *d. l.* 2. §. *ult.* Sed moribus hodiernis satis constat, de rebus mobilibus nullum dari postliminium, nec eas reverti ad Dominos priores, quod et utile observatu, propter infinita litigia, quae ex ejusmodi vindicationibus orirentur. Neque tantum agri et domus, sed et *caetera quae in jure sunt, posteaquam postliminio redit, pro eo habetur, ac si nunquam iste hostium potitus fuisset,* ait Tryphoninus in *l. In bello.* 12. §. *caetera.* 6. *eod. tit.* Hinc Patria potestas ex iis est, quae indubitato jure postliminii restituuntur. §. *si ab hostibus.* 5. *Instit. Quib mod. jus patr. potest. solv.*

8. Pater igitur filium postliminio recipit; *Non ita maritus uxorem*, ait Pomponius in *l* 14. §. 1. *h.* Nam patria potestas captivitate non finitur, verum suspensa tantisper, donec de reditu vel morte patris constet, sustinetur: At vero matrimonium captivitate solvitur, *l.* 1. *D. de Divortiis.* usque adeo, ut captivi uxor, tametsi maxime velit, et in domo ejus sit, non tamen in matrimonio sit, ut scribit Tryphoninus in *l. in bello* 12. §. *sed captivi.* 4. *tit. praedicto.* Ratio differentiae inter matrimonium patriamque potestatem, colligi potest ex eo, quod subjicit Pomponius ultimis *d. l.* 14. verbis; *Sed consensu*, ait, *redintegratur matrimonium.* Scilicet, matrimonium apud Romanos erat societas quaedam in exercitio cohabitandi consistens, quae voluntate contrahentium, ut contrahi, sic poterat dissolvi, etiam bona cum gratia. *l.* 2. *l.* 7. et *l.* 9. *de Divortiis*, *et l.* 62. *de Donation. int. vir. et uxor.* Quare et *individua* societas nobis dici videntur nuptiae, non ratione temporis perpetui, sed respectu arctissimae necessitudinis, quae est inter virum et uxorem, quamdiu consistit matrimonium; quomadmodum socios vocamus *individuos*, non qui perpetuo, sed qui arctissime sunt conjuncti. Verum patriae potestatis vinculum naturale est, quod facto superveniente non aeque aboletur. Cum igitur conjugium esset ejusmodi status, qui in conjunctione corporum et animorum consistebat, Jcti nuptias omnesque societates retulerunt inter res facti, quibus postliminium applicari non posse, docet idem Tryphoninus in *d. l.* 12. §. *facti.* 2. Proinde, si quis domum ab hoste reversus memor esset antiqui amoris, et uxor eosdem igniculos sentiret, novo consensu matrimonium redintegrare debebant, ut tradit hic noster Pomponius, et Paulus *l.* 8. *eod tit. Non ut a patre filius*, ait hic, *ita uxor a marito recuperari potest, sed tunc, cum et voluerit mulier, et adhuc alii nupta non est.* Caeterum, postquam Justinianus vetuit matrimonium captivitate dissolvi, mulieremque alii nubere, donec de morte viri constet, aut tametsi non constet, tamen expectare quinquennium, *Nov.* 22. *c.* 7. *et Auth. hodie C. de Repud.* ex eo tempore eo quidem indiget vir postliminio, siquidem nulla conjugii interruptio facta fuisse intelligitur.

9. Interim in iis, quae formam rationemque similis societatis adhuc obtinent, ratio *dictae l.* 14. irrefragabili consequentia valebit. Idemque de honoribus et Magistratuum functionibus, quae minime tantam habent necessitatem, quantam matrimonium, ex hypothesi moris Romani veteris existimandum; quoniam illae a mandato summae potestatis pendent, quod manifesto deficit, cum loca, quibus praesunt Magistratus, in hostium potestatem rediguntur; neque jurisdictiones aut imperia, nisi novo Principis mandato reviviscere possunt. Cujus rei experientiam in partibus nostrae Reipubl. recuperatis, ante aliquot annos

vidimus. Postquam enim tres provinciae a Gallis earumque sociis occupatae, ab Ordinibus reliquarum provinciarum bello sine novis conditionibus erant recuperatae, plerique, qui Magistratus et honores in illis gesserant, a Duce patriae mandato Ordinum, Generano, quod suppeoimus in forma debita, remoti novatique sunt. Quod summo jure licuisse non potest negari; an aequum, rationi temporum, ingenio Bellici regiminis et vetustati foederis sanctissimi conveniens fuerit, alia sit quaestio: Postliminii jus sane Rectoribus et magistratibus illis, ob rationes supra expositas, prodesse non poterat. Idem tum temporis de ordine προεδρίας, sive *praesidentiae*, disceptatum fuit inter Frisiam et Ultrajectinam Respublicas, in consessu Ordinum foederatorum. Frisii antiquis temporibus praecesserant Ultrajectinos. Sed cum unio Belgicae foederatae Ultrajecti conderetur, Frisii serius se adjunxerunt, ideoque Trajectini, legatis nostris nimis etiam verecundis, deinceps praevaluerunt. Abscissis deinde Trajectinis a consessu foederatorum Gallico bello, et postea redactis, Frisii locum priorem retinere volebant, Trajectini locum prius ab se insessum repetebant, quasi jure postliminii; quod heic nullo modo usu veniebat; cum, quod se dediderant, eo casu non esse postliminium, intelleximus, tum quod ejusmodi jus προεδρίας, seu *praesidentiae*, sua natura longe minus postliminium recipiat, quam honores et magistratus, in quibus illorum Proceres, postliminio gaudere non potuerant.

10. Equidem inter populos integros non minus utendum esse jure postliminii, quam inter privatos, haud gravate concesserim Grotio affirmanti *d. lib.* 3. *cap.* 9. §. 8. *et* 12. Proinde si ex pluribus foederatis gens aliqua vi hostili subacta, et dein a sociis recuperata sit, ratio aequitatis et juris Gentium vult, uti libertas et dominia rerum suarum illis restituantur, quod firmatur e legibus Romanis supra allegatis, quibus jus postliminii datur et his, qui ad gentes socias et amicas pervenerunt. Proinde si libertas et jus imperii talium populorum imminutum sit, de illo forte secus judicandum, quam de certarum functionibus personarum et de jure, an facto προεδρίας, sine ratione austineri posset, nempe ubi per vim capti sunt populi. Verum quod tales civitates, quae pactionibus se dediderunt, ut nuper in nostra patria, in pristinam societatem, restitutae illis antiqua libertate, receptae sunt, hoc palam est, non postliminio, sed eo contigisse, quod reliqui socii multum praestare putarent, amicos habere volentes, quam imperare invitis et dolentibus; quodque intelligerent, liberalitate potius quam rigore adversus eos utendum; quibus parata semper excusatio videretur, quod non tam timidiores caeteris, quam infeliciores fuissent, nihilque temere illis imputandum essent, quam quod illa communis omnium consternatio, quo propiores erant periculo, tanto apud ipsos celerior et vehementior fuerit. Denique, cum fuisse omnium, qui res foederatorum communes antea procuraverant, culpam, quod adeo flagitiose imparatis contra vim promptissimi validissimique Regis necesse fuerit accipere plagam.

11. Nempe alioquin, etsi verum jus postliminii, libertatem et jus imperii domesticum, populis bello captis restituat, tamen ipsa foederis societas jure postliminii nullo modo restituitur, ut valide evincitur ex *d. l. cum duae.* 14. §. 1. *h. t.* Ex qua discimus, matrimonium jure postliminii non recuperari, *sed novo consensu esse redintegrandum.* Atqui nulla dari potest, quam haec, arctior societas, quae individuum omnis vitae consortium, divini et humani juris communicationem exhibet. *l.* 1. *de ritu nupt.* Multo minus societates aliae, quarum jus est multo fragilius, clade belli et captivitate unius ex sociis dissolutae, postliminio recuperantur, verum novo sociorum consensu redintegrari possunt, aut si negligantur, manent veluti sunt, dissolutae. Jam quo jure privati inter sese utuntur, idem fere civitates gentesque liberae, aut earum Principes usurpant, nec quidquam profertur, quare diversum in societate foederibusque populorum sit statuendum. Maxime, si qui per pactionem, imperio hostis accepto, a foedere discesserint. Prorsus enim τῶν ἀδυνάτων esse videtur, ut societas aliter eo casu quam novo consensu redintegretur. Quod si de toto jure foederis verum, de particula ejus accessoria, qualis illa προεδρία, longe verissimum sit oportet, nullum in ea postliminii usum existere posse.

12. Ultrajectenses tamen honorem προεδρίας, recuperarunt, non jure postliminii, quod nec toti Reipubl. neque Rectoribus et magistratibus eorum attributum est, sed *laudo compromissario* per speciem aequitatis, quae hac parte dumtaxat pro illis valuit. Quanquam vere aestimantibus haec ratio Frisiis favere videbatur. Nam ordo et dignatio loci inter populos, ex tribus potissimum rebus distinguitur; Ex potentia, ex titulo dignitatis, et ex usu longo. Rem Frisiorum et olim et hodie, multo esse atque fuisse validiorem re Ultrajectina, publice constat. Titulus dignitatis quondam Frisiis multo fuisse ampliorem, ad regium usque fastigium, incorrupta historiae monumenta testantur. Hodie par quidem utriusque ratio videtur, sed in eo Frisia praestat, quod multo ipsi antiquior est αὐτονομίας character: Ultrajectinos enim satis constat, anno demum XXVIII. superioris seculi Episcopali ditioni fuisse subductos, et Carolo

Caesari V. Dominii titulo esse mancipatos. Frisiorum acerrima libertate nihil ab omni aevo ootius et memorabilius fuit. Usua longi temporis sub Carolo et Philippo illis, secuudum poteotiae et vetustatis discrimen, dedit praerogativam. Contrarius usus quo paeto inoleverit, diximus modo. Cui hoe addimus, o textu foederis magni liquere, primitus integram Frisiae proviociam ooo fuisse adscriptam societati, quam multi veluti in fraudem foederis Gandensis repertam abhorrebant, ut Wiosemius noster memorat. Uodo languor io vindicaoda προεδρια, de qua haee pauca nobis exciderunt, Academicae more diseeptationis. Plura de jure postlimioii *dix. in part.* 2. *Digress. lib.* 1. *c.* 19. *n.* 5.

13. (e) Tertia pars Rubrieae, promittit ageie de redemptis ab hoste, de quibus sunt hae positiones; Pretio ab hostibus redempti, si quidem antea fuerint liberi, et jus postliminii habent. *l.* 17. *C. h.*

Pignori tameo rodemptori pro λύτρῳ, donec solvant, obligantur. *l.* 2. *C. h.*

Si solvere nequeant, per quinqueonium el operas praestare ooguntur. *l. fin. C eod.*

Pretium taeite remissum videtur, contraeto inter redemptorem et redemptam matrimonio, *l.* 15. *in pr. ff.* *l.* 2. *C. hic.* ut et si redemptus sibi ipsi legetur. *l.* 43. §. *ult. de legat.*. 1. Hoo jus pignorum et operarum hodie cessat.

TIT. XVI.

DE RE MILITARI.

Quam late pateat hujus Rubrieae expletio, ingentia do Militia et de re militari scripta declarant: quae hoio looi contracta ob oculos ponere, non est instituti nostri. (a) Maxima pars ad juris publiei disciplinam pertioet, etiam publica militandi necessitas, quae utcunquo longo major olim fuerit, non tamen penitus sub Imperatoribus exolevit, otsi ab his oumeri voluntario milite soliti sint impleri, *l.* 4. §. 10. 11. *et* 12. ubi poena in eos, qui liberos subtrahunt aut debilitant, militiae evitandae eausa. Ad jus privatum apectaat eorum privilegia et delieta. De privilegiis sparsim habuimus. Unum habent lnsigoe eirea rem testamentariam, de quo est *Tit. De Milit. testam.* Aliud, quod oon teoentur ultra quam facere possunt. *l.* 6. *et* 18. *de Re Jud.* Quod non torquentur. *l.* 3. §. 1. *in fin. h.* Quod juris igoorantia io illis excusatur. *l.* 9. §. 1. *De Jur. et fact. ign.* Quod noo nisi apud suos Magistros oonveniri possuot, exceptis commuoibus delictis, qua de re *ad tit. de Judiciis et For. comp.* pridem absolutum est.

(b) Scilieet delicta militum sunt vel eommunia, vel propria. Communia, ut caedes, adulteria, furta, blasphemiae, et eaetera. Propria, velut desertio, emansio, stationis derelictio, excubationis intermissio, traosfugium, armorum amissio, aut alieoatio, sobreptio, excessus ab agmine, seditio, ioobedieotia, valli trauscentio, fossae transilitio, de quibus in *l.* 3. *h.* segnities, contumaeia, fugao initium, proditio, vulneratio commilitonum, vel sui ipsius. *l.* 6. De his aliisque sic est jurisdiotio, ut poenae pro gravitate oircumstantiarum varient, neque desertio semper oapite puniatur, *l.* 5. *pr. h.* neo armorum amissio vel alionatio. *l.* 3. §. 13. Verum seditio atrox, desertio stationis palatinae, transcensio valli eastrensis, eapite simplieiter puniuntur. *d l.* 3. §. 17. *et* 19. *et l.* 10. *pr. h. t.* Caetera fere levius, qua io re Articuli militares nostri temporis, longe severiores suot. In summa vero, Castreosis disoiplioa forensi dorior est, ob majorem in effero genore vitae peecandi frequeotiam, et in Reip. exitium alioquio erupturam.

Ad huoe Titulum pertinet Locus de *Praetorio*; de quo diximus *ad tit. de Off. Praef. Praet.* Sudat fere a biennio sub praelo opus Animadversionum in nostram hac do re sententiam; de quibus non dubitavimus, fore ut antequam ad *hunc tit.* seriberemus, in publico versaretur; et si quid novi prolatum fuisset, huoo locum illis occupaodis destinaveramus. Sed ut nuoc res est, cum desiderio transigendum nostro taotisper esse videtur.

TIT. XVII.

DE CASTRENSI PECULIO.

(a) Quid sibi velit haec rubr. satis est notum ex *tit.* *I. Per quas person. cuiq. adquir.* Unum hic speciale traditur in *l.* 2. quod olim successio ab intostato in castrensi peculio nulla fuerit. Hodie secus obtinere, notum est ex *N.* 118.

(e) *Pos.* 5. 6. 7. *et* 8. (a) *Pos.* 3. (b) *Pos.* 4. *et* 5. (a) *Pos. un.*

TIT. XVIII.

DE VETERANIS.

(a) Veterani sunt, qui legitima viginti annorum stipendia confecerunt, *l. ult. C. de his, qui non impl. stipend. sacr. solv.* aut qui honestam, vel causariam dimissionem impetraverunt. *l.* 2. *hic.* Privilegia veteranorum sunt, quod nec fustibus caedi, nec bestiis objici, nec in metallum, aut opus metalli, aliudve opus publicum dari possunt. *l.* 1. *et l.* 3. *h.* Immunes quoque sunt a navium fabrica, *l.* 5. *pr.* sed a patrimonialibus non excusantur *l.* 2. §. 1. Haec autem de veteranis absolute ita dictis, hoc est penitus e militia dimissis, et in pagis, aut municipiis habitantibus, *l.* 2. *et ult.* §. *f. h.* non de veteranis qui adhuc sub vexillis agebant, a legionariis quidem separati ac onerum immunes, sed tamen adhuc milites, ideoque sacramento nondum soluti. *d. l.* 3. *in pr.* De hac veteranorum differentia, diximus ad *tit. Inst. de Testam. milit. n.* 5. Moribus hodiernis, collapsa vetere militari disciplina, veteranorum privilegia commodaque ignorantur.



(a) *Pos.* 1. et 2.

LIB. L. TIT. I.

AD MUNICIPALEM, ET DE INCOLIS.

(a) Municipes, (*a muneribus capiendis*) sunt cives urbium, Romano imperio subditarum, sed suis legibus et magistratibus utentium, quae municipia dicuntur. *l.* 1. §. 1. Fit autem municeps tribus ex causis, origine, manumissione, adoptione. *l.* 1. *pr.* Originem facit nativitas parentum, aut saltem ubi municipes fuere parentes, vel uterque, vel saltem pater, nisi materna origo aliquid habeat privilegii. *l.* 1. §. 2. *et l.* 6. §. *ult.* Incola est, qui aliunde ortus domicilium in illa civitate collocavit, *l.* 239. §. 2. *de V. S.* etiam qui in agro sedem posuit, *d.* §. 2. secus si praedium ibi dumtaxat habeat. *l.* 35. *h.*

2. (b) Cogitur autem incola ferre munera, et pati forum, tam in loco originis quam incolatus, *l.* 29. *h.* sed incolatui potest renunciari, nisi jam ad munus sit vocatus. *l.* 34. *ff. h. et l.* 1. *C. de Incol.* Denique forum patiuntur et peregrini, etiam non incolae *l.* 7. §. 10. *in f. de interd. et releg.* Studiosus quoque si decennium uno loco habitet, incola fit, *per l.* 2. *C. de Incol.* quod intelligendum, si Academia non habeat proprium forum. Mulier sequitur domicilium et forum Viri, *l. ult.* §. 3. *h.* de quibus rebus copiose actum est ad *tit. de Jud. n.* 45. 46. 47.

3. (c) Moribus hodiernis, haec res aliter se habet, et hoc jure utimur, ut civis dicatur, omnis homo liber, qui juris fruendi vitaeque feliciter agendae gratia, cum aliis sub eadem summa potestate sociatus est. Ergo et incola, qui aliunde ortus sedem fortunarum in aliqua civitate collocavit, et civis et municeps est, nec loco originis amplius est subjectus, si inde plane recessit. Hoc saltem interesse videtur, municipem respectu certae urbis, civem ratione totius Reipubl. dici, quanquam more loquendi sin obtinet, ut agricolae cives non appellentur, quales tamen sunt aeque ac urbani, ratione totius Reipubl. Dixi plenius hac de re *lib.* 2. *de jur. Civit. cap.* 4.

TIT. II.

DE DECURIONIBUS ET FILIIS EORUM.

TIT. III.

DE ALBO SCRIBENDO.

(a) Decuriones in municipiis sunt idem quod Romae Senatores, in quorum ordinem honestiores eligendi, quare et spurii postponuntur competitoribus legitime natis, *l.* 3. §. 2. *et l.* 6. *pr.* ex decurionibus fiunt duumviri, *l.* 7. §. 2. *h* qui sunt Magistratus municipales. *l.* 25. *et sequ. ad munic.* Privilegia Decurionum sunt, quod non torquentur, *l.* 14. et ad inopiam redacti aluntur. *l.* 8. Sed onera Curialium, sive decurionum, multo plura et majora fuere, de quibus consule sis Brisson. 4. *Select. ant. c.* 13. ut ob pecuniam municipum, qui Curiales fieri vellent, praemiis alliciendi et poenalibus Decretis cogendi fuerint, qui se Curiis adjungerent, ut diximus ad §. *ult. Inst. de Nupt.* Brisson. *ibid.* Plebej, hoc est admodum viles, non fiunt Decuriones; quales tamen non sunt, qui utensilia negotiantur. *l.* 12. In nostris civitatibus Decuriones sunt idem quod Senatus urbium, Duum-Viri, quod *civium magistri*; Sed honor est major, onera nulla ex instituto Reipubl. (b). *Porro*, in albo, id est catalogo Decurionum, primo recensentur, qui maximis honoribus, praesertim judicio Principis sunt functi, *l.* 2. reliqui secundum ordinem aetatis, juxta quem sententiae etiam rogantur. *l.* 1.

(a) *Pos.* 1. 2. *et* 3. (b) *Pos.* 4. 5. *et* 6. (c) *Pos.* 8. 9. *et* 10. (a) *Pos.* 1. 2. *et* 3. *tit.* 2.
(b) *Pos. un. tit.* 3.

TIT. IV.

DE MUNERIBUS ET HONORIBUS.

(a) Munus est administratio Reip. sine dignitate. Honor cum dignitate *l.* 14. *pr. et* §. 1. Est autem munus vel patrimoniale, quod rebus imponitur et sumptus requirit, vel personale, quod animi provisione et corporalis laboris intentione perpetratur, vel mixtum, quod de utroque participat, *l.* 18. *pr. et* §. 17. *et seq.* ubi et exempla. Quae hodie longe aliter in nostris civitatibus se habeat. Difficulter etiam, ut saepe vidimus, obtinetur, quod in *l.* 8. scriptum est, in quibus casibus certa aetas honoribus est praescripta, illis annum inchoatum pro impleto haberi, quod est juris positivi Romani; In his autem, quae ad ordinem Reipubl. pertinent, discrepare mores illorum etiam populorum, quibos alioqui solemne est jus civile sequi, satis constat.

TIT. V.

DE VACATIONE ET EXCUSATIONE MUNERUM.

TIT. VI.

DE JURE IMMUNITATIS.

Vacatio est, Status ejus, qui nullo munere fungitur, aut fungi cogitur. Brisson. *de V. S. verb. Vacatio.* Posteriore sensu notat exemptionem; Eaque duplex est, Excusatio, et Immunitas. Excusatio datur ob causas lege proditas, ex beneficio personali. (a) A personalibus muneribus excusat aetas, numerus liberorum, adversa valetudo, *l.* 2. §. 1. *et* 7. sed a patrimonialibus non datur excusatio, *l.* 10. *et l.* 11. nisi forte 16. libb. *l.* 5. §. 2. *de jur. immun.* quae tamen expresso de patrimonialibus non loquitur: et intelligi potest, quod numerus 5. libb. a praecipuis quidem, non vero ab omnibus muneribus excuset, sed quod 16. liberi ab omnibus absolute excuseat.

(b) Excusatio ab initio proponenda est, simul eo munus injungitur, *l. pen.* §. *ult. hic* ot quidem per appellationem; nominatione atque electione facta et insinuata. *l.* 1. *hic l.* 2. *C. de Decur. lib.* 10. *l.* 4. *C. de appell.*

(c) Causae excusationum recensentur, *primo* quae liberant a muneribus personalibus et ab honoribus; ut si quis minor sit 25. annis, *l.* 2. *pr. hic.* si appellationis causa peregrinetur, *l.* 8. §. *fin. eod.* si sit negotiator frumentarius, *l.* 9. §. 1. *eod.* si defensionem Reipublicae susceperit, *l.* 10. §. *fin. eod.* si sit veteranus. *l.* 7. *eod. l.* 2. *de Veteran.*

(d) Dein sunt quae a muneribus personalibus, non ab honoribus excusant; ut si quis major sit 70. annorum, *l.* 2. §. 1. *hic*, si quinque liberos habeat. *l.* 8. *eod.*

(e) Immunes sont, qui a Principe muneribus sunt exempti, quod est personale beneficium, nisi expressa haeredum mentio sit facta, *l.* 1. §. *de jur. imm.* quo casu descendentes sexus muliebris non intelliguntur. *l.* 1. §. *ult. eod.*

(f) Collegiis tributae immunitates perpetuae sunt. *l. pen.* §. *pen. hic. l.* 7. §. *fin. Quod cujusque univ.*

(g) Verum hae non ad singulos pertinent, sed tantum ad artifices, qui operam publicis utilitatibus necessariam exhibent. *l. pen.* §. *pen. hic.*

TIT. VII.

DE LEGATIONIBUS.

(a) Legati sunt, qui cum mandatis lecti ad Principem, vel populum, negotii publici causa mittuntur. Varr. *lib.* 4. *de LL.* Proprie qui habent summam potestatem, soli legatos mittere possunt, sed heic municipales nuncii hoc nomine gaudent, habentque et dum absunt, et biennio post, excusationem *l.* 7. *et l.* 8. De sanctitate legatorum vid. *l. ult.* Idque de legatis ab eo, qui summam habet potestatem, missis, intelligendum, ut indicat textus.

(a) *Pos. un.* (a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 2. (c) *Pos.* 3. (d) *Pos.* 4. (e) *Pos.* 5. (f) *Pos.* 6. (g) *Pos.* 7. (a) *Pos.* 1.

(b) Legati esse non possunt debitores Reipublicae, infames, qui jus postulandi non habent. *l.* 4. *hic.* nec plures quam tres; nisi aliud legationis dignitas exigat. *d. l.* 4. *in fin.*

(c) Quamdiu Romae legatione funguntur, nulla propria actione conveniri possunt, *l.* 3. *l.* 8. *et l.* 11. *hic.* nisi ex delicto inibi admisso. *l.* 10. *eod. l.* 24. §. 1. *de Jud c.*

(d) Si Romae conveniantur, vel in comitatu Principis, etiamsi ibi contraxerint ante legationem, vel extra provinciam suam, jus habent revocandi domum. *l.* 2. §. 3. *et l.* 8. *de judic.* Huc non pertinet libera Legatio, quae debetur Senatoribus, aut magistratibus, ut ipsis suo commodo, nulla Reip. causa abesse liceat, de qua passim apud Veteres. *l.* 14. *h. t.* Quae plura de Legatis, amplissima dicendi materia, Lector expectare posset, ex Grotio *lib.* 2. *de J. B. et P. cap.* 18. aliisque juris publici Scriptoribus petenda sunt, meliorque dabitur alias, si Deus volet, occasio.

T I T. VIII.

DE ADMINISTRATIONE RERUM AD CIVITATES PERTINENTIUM.

(a) Uti in aliis rebus universitates eodem jure quo privati utuntur, ita et administratores tenentur, quemadmodum administratores privati. Hinc debitoribus per gratiam non possunt tribuere dilationem, *l.* 3. §. 4. *ff. Quod vi aut clam.* ex necessitate possunt, *l.* 2. §. 3. *h.* praestant latam et levem culpam, *l.* 6. *h. t.* ob dolum tenentur in duplum. *l. ult.* §. 4. *h.* Singuli etiam in solidum tenentur, *l.* 3. *pr. et l. ult.* §. 8. *h.* sed non ultra tempus administrationis suae, *l.* 3. §. 1. *h.* qua in parte sitoe discrimen inter Administratorem rerum privatarum, et publicarum, disputavimus *ad tit. De Exercit. act. n.* 3. *et sequ.* Plane de facto suo tenetur, etiam postea, non ipse tantum, sed et haeres ejus. Quod si rationes subscriptae et expunctae sint, ipse administratione functus, post 20. annos, haeres ejus post decennium non tenetur. *l.* 13. §. 1. *de divers. temp. praescr.* Si vero rationes expunctae dicantur, non retractabuntur. *l.* 8. §. 1. Quod si error in calculo sit commissus, hujus demonstratio et emendatio, nec non praestatio, nullius temporis praescriptione tollitur. *d. l.* 8. *in pr.* Sic illa recte conciliantur, ut quidem videtur.

T I T. IX.

DE DECRETIS AB ORDINE FACIENDIS.

(a) Decreta ordinis Decurionum ut valeant, oportet ex tribus eorum partibus adesse duas, *l.* 4. *h.* item ne ambitiosa sint, hoc est, gratiae causa captandae. *l.* 4. *h.* Ita facta non rescinduntur, nisi publica utilitate flagitante, vel per appellationem ad Praesidem, *l.* 1. §. 3. *ff. Quand. app.* si nempo res sit appellationis capax, ut est ibi nominatio ad honores munusve publicum. Notandus autem usus ambitiosi decreti: Species ejus dicitur, *si debitorem dimiserint*, sive aliquid largiti sint, *l.* 4. *in pr.* nempe ut homines sibi conciliarent, quorum favoro deinceps in aliis uterentur: Ita *ambitiose* aliquid agere, apud Ciceronem, quandoque submisse et humiliter agere, quando Candidati ambiendo, gratiam multitudinis captare cogebantur. Sic ambitioso judicaru, id est ex favore personae. *l.* 65. §. 2. *ad Sc. Trebell.*

T I T. X.

DE OPERIBUS PUBLICIS.

(a) Respubl. operibus suis praeficit curatores, vulgo hodie *Commissarios*, qui locent ea redemptoribus, quibus cum ipsis est negotium, *l.* 2. §. 1. *h.* qui etiam per substitutos opus facere possunt, quateous nihil interest Reip. *l.* 48. *Locat.* junct. *l.* 31. *de Solut.*

(b) Tenentur de levi culpa, *l.* 9. §. 5. *Loc.* sed et de periculo, si obtulerint se. *l.* 25. §. 7. *eod. et l.* 1. §. 35. *Depos.* Ex pluribus tamen singuli tantum pro partibus. *l.* 11. §. 1. *de duob. reis.*

(b) *Pos.* 2. (c) *Pos.* 3. (d) *Pos.* 4. (a) *Pos. un.* (a) *Pos. un.* (a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 2.

(c) Quaestioni de vitio operis, et culpa redemptoris, 15. annis praescribitur. *l.* 8. *C. h. t.*

(d) Si merces non solvetur, quaeritur an exhibitionem operis facti negare possit conductor, et jure retentionis uti: De privatis certum est, posse. Verum ratio differentiae est, quia privati foro cedere possunt, respublice non potest. *l.* 2. *pr. ad l. Rhod. et l.* 18. §. *ult. Comm.*

TIT. XI.

DE NUNDINIS.

(a) Jus nundinarum, hoc est, habendi mercatum cum universali confluxu, a solo Principe conceditur, non utendo per decennium quoque amittitur. * *l.* 1. *h.*

(b) Privilegium nundinarum est, ** quod repressaliis et detentionibus ob debita privata locus in illis non sit, nisi partes hoc expresserint. *l. un. C. h. t.* Praescriptione Decennali jus Nundinarum a Principe concessum amitti, docet *d. l.* 1. *h. t.* A Magistratibus igitur concedi non potest cum ejusmodi exemptione. Quae res an apud nos usque quaque servetur, dubito. Saepe, ni fallor, jus Nundinarum a Magistratibus petitur, et permittitur. De Jure tamen, non possunt tales Nundinae habere solita, quae diximus, privilegia. Proinde hi quorum interest, se Nundinis a Magistratibus, sine privilegiu Ordinum concessis, opponere possunt, ac ita consultus respondi 12. *Mart.* 1690. Tuldeo. *ad tit. C. de Nund.* Credo sic etiam in contradictorio servatum iri, quanquam talia juris publici instituta, paulo incuriosius apud nos haberi videotur.

TIT. XII.

DE POLLICITATIONIBUS.

(a) Pollicitatio est promissio facta reipublicae sine acceptatione, *l.* 3. *pr. h.* adeoque differt a pacto, primo, quod hoc inter privatos fit, secundo, quod hoc nisi acceptatum non valet, *l.* 1. §. 2. *de Pact.* tertio, quod pactum inter absentes et per epistolam recte fiat, secus ac pollicitatio. *l.* 5. *h.* Deinique pactum statim parit exceptionem; pollicitatio non obligat valide, etsi certae causae respectu fiat, veluti ob honorem, *l.* 1. §. 1. quanquam si jam opus inchoaverit, tenetur ad perficiendum. *l.* 1. §. 2. *et* 3. *h.*

(b) Votum est 'promissio facta Deo, de re licita, et intentione animi pia, quo filiif. non obligantur. *l.* 2. §. 1. *h. Num.* 30. ✝. 3. 4. *et* 5. (1).

(c) Effectus est, ut is, qui vovit, extra ordinem compellatur implere votum, sed res, quam promisit, non voto, sed traditione demum sacra constituitur. *d. l.* 2. *pr.*

(c) *Pos.* 3. (d) *Pos.* 4. (a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 2. (a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 2. (c) *Pos.* 3.

* Jure Saxonico demum lapso 31 Annor. 6. Sept. et 3 Dier. secundum Carpz. *P.* 2. *C.* 3. *def.* 23. *n.* 1. Richt. *dec.* 36 *n.* 2. Dissent. tamen Schilt. *ad ff. Ex.* 50. *th.* 36.

** In eo potissimum consistit nundinarum privilegium, quod iis durantibus, ob debitum privatum, nemo conveniri potest. *P.* 1. *C. El.* 30. §. *f.* quod ex observantia Juris Sax. quoque obtinet, etiamsi debitum in ipsis nundinis contractum, Carpz. *ad d. C. def.* 26. Moller. 16. *n.* 8. aut debitor sit de fuga suspectus, Carpz *l. c. def.* 25. in quam sententiam resp. *Fac. Jur. Lips. Mens. Febr. An.* 1701.

(1) *Quod ex voto filiusfam. non obligaretur*, l. 2. §. 1. h. t. *ea ratio est, quod nihil haberet filiusfam. omnia enim patris erant. sique donare permissum non erat.* l. 7. in pr. de donat. *Igitur, quia quod ad votum rae patris agitur, requiritur interposita patris auctoritas. Nec ipsa conditio filii vota impedit, cum utique filius personaliter obligetur.* l. 39. de O. et A. *Quare nihil causae video, cur de castrensibus, aut jure Justinianaeo plene jure adventitiis, vovere nequeat, uti recte observat Corn. van Bynkershoek* observation. jur. lib. 6 cap. 13.

T I T. XIII.

DE EXTRAORDINARIIS COGNITIONIBUS, ET SI JUDEX LITEM SUAM FECISSE DICERETUR.

I. Quid extraordinariae cognitiones. II. De quibus rebus fiant. III. De Juris Professoribus. IV. De Advocatorum salariis.

(a) Extraordinariae cognitiones duplici noscuntur modo et sensu. Primo ratione judicis, quod ordinario jure per judicem pedaneum fiebat; quorum datione sublata per *l. 2. C. de judic. pedan.* exinde cuncta judicia facta sunt extraordinaria, §. *ult. Inst. de Interdict.* vel potius, abolitis extraordinariis, omnia facta sunt ordinaria, quatenus ipsi Magistratus cognoscere debent: Quae res olim per excellentiam *cognitiones* dicebantur, ut apud Suetonium: Reus qui maiorem judicem metuebat, *rem ordinarii juris, non cognitionis* esse clamabat. *Claud. c.* 15. Hoc sensu *cognitio extraordinaria* est in hac Rubrica, eoquo sensu nunc est *ordinaria* cognitio: Tametsi res ipsa eodem jure censeatur, Plane est adhuc superstes altero sensu extraordinaria cognitio, in negotiis, de quibus summatim judicatur, ut alias demonstratum *ad tit. de Judic. num.* 33. *tom. praec. pag.* 231.

2. Species causarum, de quibus extra ordinem cognoscitur, in quatuor genera dividuntur a Callistrato in *l. 5. pr. h. t.* de honoribus et muneribus, de re pecuniaria, de existimatione, vel de capitali crimine, *l. 5. in pr. h. t.* sed de omnibus alibi actum, exceptis mercedibus et salariis, de quibus heic inprimis agitur. Intelliguntur autem mercedes quae debentur Praeceptoribus liberalium studiorum, *l. 1. pr.* non artium mechanicarum. *d. l.* 1. §. 7. Liberales habentur, Rhetores, Grammatici, Geometrae, tam Ludimagistri quam Professores. *d. l.* 1. *pr. et* §. 6. Philosophis jus non dicitur, quia mercenariam spernere se profitentur operam et pecuniam, *d. l.* 1. §. 4. cujus retinendae cupiditatem prae se ferentes, fictam adseverationem detegunt, *l. 8.* §. 4. *de Vacat.* Medici in alia conditione sunt; hi extra ordinem audiuntur, et continentur sub illis non modo Chirurgi et Pharmacopoei, sed etiam auricularii, fistularii, et dentium medici, denique obstetrices, non tamen incantatores, nec enim sunt medici; *tametsi sint*, ait Ulpianus, *qui his sibi profuisse, cum praedicatione adfirment* *d. l.* 1. §. 3. *in f.*

3. (b) Juris civilis Professoribus honorarium petentibus, jus non dicitur. Etsi enim res sanctissima sit civilis sapientia, nummario tamen pretio dehonestanda non est, hactenus, ut judicio petatur, etsi honeste accipiatur, ait Ulpianus. Insinuat juris Professoribus; *ut curent, in ingressu sacramenti honorem sibi offerri. d. l.* 1. §. 5. Atqui hoc difficilius hodie quidem adsequuntur, et inverecundius habetur. Nihil est potius, quam Protagorae institutum sequi et expectare ab his qui bene profecerunt; eos, qui parum aut nihil didicerint, sibi relinquere, ut Aristot. scribit 9. *ad Nicom. c.* 1. Hinc est, quod ab iis, si honoraria bene solverunt, multoque se plus quam pro modo pecuniae percepisse meminerunt, Juris Professores omni honore deinceps adficiuntur: Qui non solverunt, pro gratitudine odium reddunt, magis quod via illorum inscitiam sibi quam fidei defectum exprobari autumant. Dignitas Artis hodie quidem non minor est quam olim; At hominum temporumque ratio bene diversa. Denique, non hodie Professores judicio de honorariis suis agere decet; quominus agentes audiantur, causa nulla esse videtur.

4. Secus est de honorariis Advocatorum, quibus pro modo litis, proque Advocati facundia, et fori consuetudine, salarium adjudicandum est, non tamen ultra centum aureos, qui faciunt ad minimum ducentos ducatones Philippicos. *d. l.* 1. §. 10. *et* 12. Moribus hodiernis, habent Curiae plerumque *taxas* judiciales, singulis advocatorum ministeriis impositas; * de quibus si quaeratur, an advocatus illas pretendo excedere possit, videtur posse, non tam quod Jurisprudentia sit res inaestimabilis, ut Professor juris in Belgio diu vetustissimus adseverabat; quam quod illae Taxae quod minimum est, quo clientes defungi queant, in contradictorio expriment, non quod pro dignitate meritoque Artis honorario sufficiat. Caeterum, improbas salariorum extorsiones, etiam coercebit Praeses, et restitui jubebit. *d. l.* 1. §. 12.

(a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 2.

* Qualem ordinationem saluberrimam Serenissimus Rex anno 1724. magno litigantium commodo promulgavit.

TIT. XIV.

DE PROXENETICIS.

(a) Haec etiam species ad extraordinariam Praesidis cognitionem pertinet. *l.* 3. *h.* Quid autem? Proxenetica sunt remunerationes eorum, qui contrahentibus operam in negotiis conciliandis praestant, scilicet pro modo negotii. *l.* 3. *h.* De negligentia sua non tenentur proxenetae, sed de dolo tantum, *l.* 2. *h. t.* quia neque mandati, neque locati teneotur proxenetae, *l.* 2. ubi salarium illorum vocatur, *philantropium*, vulgo *discretion.*

TIT. XV.

DE CENSIBUS.

1. (a) Servium Tullium divisisse populum in classes et centurias, secundum quas suffragia ferrentur, milites ordinarentur, tributa fierent, notum est: hinc Census fuit ac est, publica civium bonorumque descriptio, estque tam rerum quam personarum, juxta quam praestationes tributariae exiguntur. *l.* 3. *pr. et l.* 4. *pr. et* §§. *seqq. h. t.*

2. (b) Immunitas concessa personis, neque tertio, neque socio, neque haeredi prodest, nisi mentione ejus expresse facta: posteris autem concessa ad foeminas non pertinet. *l.* 3. §. 1. *h. et l.* 1. §. *ult. de jur. immun.*

3. (c) Quin etsi fundus ea lege sit venditus, ut venditor censum praestet, fiscus tamen convenit emptorem. *l.* 2. *C. Sin. cens. vel reliqu. lib. Leon.* t. *emend.* 8. Imo et emptor de reliquis, hoc est, tributis non solutis, quae ante venditionem cesserant, adhuc tenetur, *d. l.* 2. quod non modo respectu fisci intelligendum sed ne actio quidem ex empto de ejusmodi pacto danda videtur. *l.* 1. *et ult. C. eod.* Idem est, si convenerit, ut census de fundo in fundum transferatur. *arg. dd. ll.* Haec ita hodieque servantur. Caeterum, immunitas rebus data, perpetua est. *l.* 3. §. 1. *h.*

4. (d) Qui censum non bene professus est, crimine fraudati census tenetur. *l.* 53 *de Jud.* Plures etiam possessores singuli in solidum tenentur, sed unus, qui solidum solvit, petere potest, ut actiones sibi cedantur. *l.* 5. *pr. h.* Haec juridica sunt. Plura hujus generis a Politicis petenda, ubi et discrimen Census personalis et realis; etsi omnis vero Census realis. Sed personalem vocant, quo cujusve patrisfamilias patrimonium, non particulatim, sed universum aestimatur. Realem, quando de singulis rebus portio deducitur.

TIT. XVI.

DE VERBORUM SIGNIFICATIONE.

(a) De his duobus titulis excerpsimus notabiliores textus, quos legite, si vultis, et nucleum titulorum illic inesse credite.

2. Verbum hoc, *si quis*, tam masculos quam feminas complectitur. *l.* 1.

3. Urbis appellatio muris, Romae autem continentibus aedificiis finitur. *l.* 2. *pr.*

4. Nominis appellatione rem significari, Proculus ait. *l.* 4. Pecuniae significatio ad ea refertur, quae in patrimonio sunt. *l.* 5. *pr.*

5. Verbum *Ex legibus*, sic accipiendum est; tam ex legum sententia, quam ex verbis. *l.* 6. §. 1.

6. Mulieris appellatione etiam virgo viripotens continetur. *l.* 13. *pr.*

7. Verba *Contraxerunt*, *gesserunt*, non pertinent ad testandi jus *l.* 20.

8. Bona intelliguntur cujusque, quae deducto aere alieno supersunt. *l.* 32. §. 1.

9. Neratius Priscus tres facere existimat collegium. *l.* 85.

10. Quid aliud sunt jura praediorum, quam praedia qualiter se habentia, ut bonitas, salubritas, amplitudo? *l.* 86.

11. Tantum quisque pecuniae relinquit, quantum ex bonis ejus refici potest. *l.* 88.

12. Hoc sermone, *Dum nupta erit*, primae nuptiae significantur. *l.* 89. §. 1.

13. Littus est, quousque maximus fluctus a mari pervenit, idque Marcum Tullium ajunt,

(a) *Pos. un.* (a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 2. (c) *Pos.* 3. *et* 4. (d) *Pos.* 5. (a) *Positiones ad h. t.*

cum arbiter esset, primum constituisse. *l.* 96. *pr.*

14. Speciosas personas accipere debemus, clarissimas personas utriusque sexus. *l.* 100.

15. Verum est, morbum esse temporalem corporis imbecillitatem, vitium vero, perpetuum corporis impedimentum. *l.* 101. §. 2.

16. Derogatur legi, aut abrogatur: derogatur legi, cum pars detrahitur; abrogatur legi, cum prorsus tollitur. *l.* 102.

17. Debitor intelligitur is, a quo invito exigi pecunia potest. *l.* 108.

18. Haereditatis appellatione bonorum quoque possessio continetur. *l.* 138.

19. Hominis appellatione tam feminam, quam masculum contineri, non dubitatur. *l.* 152.

20. Etiam aureos nummos aes dicimus. *l.* 159.

21. Non est pupillus, qui in utero est *l.* 161.

22. Natura cavillationis, quam Graeci σωρίτην appellaverunt, haec est, ut ab evidenter veris, per brevissimas mutationes, disputatio ad ea, quae evidenter falsa sunt, producatur. *l.* 177.

23. Mulier familiae suae et caput et finis est. *l.* 195. §. 5.

24. Familiae appellatione et ipse princeps familiae continetur. *l.* 196. *pr.*

25. Æs alienum est, quod nos aliis debemus, aes suum est, quod alii nobis debent. *l.* 213. §. 1.

26. Verbum *Facere* omnem omnino faciendi causam complectitur, dandi, solvendi, numerandi, judicandi, ambulandi. *l.* 218.

27. Amicos appellare debemus, non levi notitia conjunctos: sed quibus fuerint jura cum patrefamilias, honestis familiaritatis quaesita rationibus. *l.* 223. §. 1.

28. Magna negligentia, culpa est, magna culpa, dolus est. *l.* 226.

29. Urbs ab urbo appellata est; urbare est aratro definire *l.* 239. §. 6.

30. Oppidum ab ope dicitur, quod ejus rei causa moenia sint constituta. *ibid.* §. 7.

31. Viduam non solum eam, quae aliquando nupta fuisset, sed eam quoque mulierem, quae virum non habuisset, appellari ait Labeo: quia vidua sic dicta est, quasi veeors, vesaeus. qui sine corde, aut sanitate esset, similiter viduam dictam esse, sine duitate. *l.* 242. § 3.

TIT. XVII.

DE DIVERSIS REGULIS JURIS ANTIQUI.

(a) Regula est, quae rem, quae est, breviter enarrat, non ut ex regula jus sumatur, sed ex jure, quod est, regula fiat. *l.* 1.

2. Feminae ab omnibus officiis civilibus vel publicis remotae sunt. *l.* 2.

3. Ejus est non nolle, qui potest velle. *l.* 3.

4. Semper in obscuris, quod minimum est, sequimur. *l.* 9.

5. Secundum naturam est, commoda cujusque rei eum sequi, quem sequuntur incommoda. *l.* 10.

6. Id quod nostrum est, sine facto nostro ad alium transferri non potest. *l.* 11.

7. Non debet, cui plus licet, quod minus est non licere. *l.* 21.

8. Plus cautionis in re est, quam in persona. *l.* 25.

9. Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere. *l.* 29.

10. Nihil tam naturale est, quam eo genere quidque dissolvere, quo colligatum est. *l.* 35.

11. Culpa est, immiscere se rei ad se non pertinenti. *l.* 36.

12. Culpa caret, qui scit, sed prohibere non potest. *l.* 50.

13. Cujus per errorem dati repetitio est, ejus consulto dati donatio est. *l.* 53.

14. Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet. *l.* 54.

15. Nullus videtur dolo facere, qui suo jure utitur. *l.* 55.

16. Semper in dubiis benigniora praeferenda sunt. *l.* 56.

17. Bona fides non patitur, ut bis idem exigatur. *l.* 57.

18. Haeredem ejusdem potestatis jurisque esse, cujus fuit defunctus, constet. *l.* 59.

19. Invito beneficium non datur. *l.* 69.

20. Non debet alteri per alterum iniqua conditio inferri. *l.* 74.

21. Nemo potest mutare consilium suum in alterius injuriam. *l.* 75.

22. In toto jure, generi per speciem derogatur. *l.* 80.

23. Quae dubitationis tollendae causa contractibus inseruntur, jus commune non laedunt. *l.* 31.

24. In omnibus quidem, maxime tamen in jure, aequitas spectanda sit. *l.* 90.

25. Non solent, quae abundant, vitiare scripturas *l.* 94.

(a) *Positiones ad h. t.*

26. Omnia, quae jure contrahuntur, contrario jure pereunt. *l.* 100.

27. Libertas inaestimabilis res est. *l.* 106.

28. In eo, quod plus sit, semper inest et minus, *l.* 110.

29. Pupillum, qui proximus pubertati sit, capacem esse et furandi, et injuriae faciendae. *l.* 111.

30. Nihil interest, ipso jure qui actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur. *l.* 112.

31. Nihil consensui tam contrarium est, quam vis atque metus. *l.* 116.

32. Non capitur, qui jus publicum sequitur. *ib.* §. 1.

33. Pretor bonorum possessorem haeredis loco in omni causa habet. *l.* 117.

34. Nemo plus commodi haeredi suo relinquit, quam ipse habuit. *l.* 120.

35. Furiosus absentis loco est. *l.* 124. §. 1.

36. Favorabiliores rei potius, quam actores habentur. *l.* 125.

37. In pari causa possessor potior haberi debet. *l.* 128.

38. Imperitia culpae adnumeratur *l.* 132.

39. Nunquam crescit ex postfacto praeteriti delicti aestimatio. *l.* 138. §. 1.

40. Quod contra rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentias. *l.* 141.

41. Non omne, quod licet, honestum est. *l.* 144.

42. Nemo videtur fraudare eos qui sciunt et consentiunt. *l.* 145.

43. Semper specialia generalibus insunt. *l.* 147.

44. Ex qua persona qui lucrum capit, ejus factum praestare debet. *l.* 149.

45. Nemo damnum facit, nisi qui id fecit, quod facere jus non habet. *l.* 151.

46. In maleficio, ratihabitio mandato comparatur. *l.* 152. §. 2.

47. Cui damus actionem, eidem et exceptionem competere, multo magis quis dixerit. *l.* 156. §. 1.

48. Refertur ad universos, quod publice fit per majorem partem. *l.* 160. §. 1.

49. Quae propter necessitatem recepta sunt, non debent in argumentum trahi. *l.* 162.

50. Rapienda occasio est, quae praebet benignius responsum. *l.* 168.

51. Is damnum dat, qui jubet dare; ejus vero nulla culpa est, cui parere necesse sit. *l.* 169.

52. Factum a judice, quod ad officium ejus non pertinet, ratum non est. *l.* 170.

53. Unicuique sua mora nocet. *l.* 173. §. 2.

54. Dolo facit, qui petit quod redditurus est. *ibid.* §. 3.

55. Non debeo melioris conditionis esse, quam auctor meus, a quo jus in me transit. *l.* 175. §. 1.

56. Non est singulis concedendum, quod per magistratum publice possit fieri: ne occasio sit majoris tumultus faciendi. *l.* 176.

57. Infinita aestimatio est libertatis et necessitudinis. *l.* 176. §. 1.

58. Etsi nihil facile mutandum est ex solennibus, tamen, ubi aequitas evidens poscit, subveniendum est *l.* 183.

59. Vani timoris justa excusatio non est. *l.* 164.

60. Impossibilium nulla obligatio est. *l.* 185.

61. Nihil peti potest ante id tempus, quo per rerum naturam persolvi possit. *l.* 186.

62. Quae rerum natura prohibentur, nulla lege confirmata sunt. *l.* 188. §. 1.

63. In re dubia benigniorem interpretationem sequi, non minus justius est, quam tutius. *l.* 192. §. 1.

64. Expressa nocent, non expressa non nocent. *l.* 195.

65. Omnis definitio in jure civili periculosa est: parum est enim, ut non subverti possit. *l.* 202.

66. Quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur damnum sentire. *l.* 203.

67. Jure naturae aequum est, neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiorem. *l.* 206.

68. *Ex his regulis quaedam positionum Juris, quaedam axiomatum usum praebent,* quorum differentiam indicavimus *ad proaem. Inst. in pr.* Denique, positiones sunt omnes reliquae praeceptiones horum librorum. Plura si vis axiomata ex aliis juris partibus, haec habeto.

AXIOMATUM JURIS SPECIMEN.

EX INSTITUTIONIBUS.

Saepe de facultatibus suis amplius quam in his est sperant homines. §. 3. *Ex quib. caus. manum.*

2. Expedit Reipubl. ne quis re sua male utatur. §. *ult. de his, qui sui vel al. jur.*

3. Qui pro Republ. ceciderunt, in perpetuum per gloriam vivere intelliguntur. §. *fin. pr. de Excusat. Tut.*

4 Consequentia nomina rebus esse studendum est §. 3. *de Donation.*

5. Pessimum exemplo est, humanioribus damnum inferri, saevioribus lucrum accedere. §. *ult. d. tit.*

6. Innumerabiles causae humanis necessitatibus imminent. §. *pen. de Testam. ordin.* Commodius est singulas causas singulis appellationibus distinguere. § 5. *Quib. mod. Testam. infirm.*

7. Veritas magis oculata fide, quam per aures hominum infigitur. §. *ult. de grad. cogn.*

E PANDECTIS.

Quae facta laedunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram, ea nec facere nos posse credendum est. *l.* 15. *de condit. inst.*

2. Scire Leges, non est verba earum tenere sed vim et potestatem. *l.* 17, *de Legib.*

3. Minime sunt mutanda, quae interpretationem certam semper habuerunt. *l.* 23. *eod.*

4. Nulli hominum jus suum detrahendum est. *l.* 2. *de his, qui sui vel. al. jur. sunt.*

5. Vetus proverbium est, οὔτε πάντα, οὔτε πάντοτε, οὔτε παρὰ πάντων. *l.* 6. §. 3. *de off. Procons.*

6. Non tam spectandum est; quid Romae factum sit, quam quid fieri debeat. *l.* 12. *de off. Praes.*

7. Veritas, rerum erroribus gestarum non vitiatur. *l.* 6. §. 1. *eod.*

8. Animi motum vultus detegit. *l.* 19. *eod.*

9. Non consentiunt qui errant. *l.* 15. *de Jurisd.*

10. Quod quisque juris in alterum statuerit, ipse eodem jure utatur *l.* 1. *quod quisq jur.*

11. Verba cum effectu sunt accipienda. *l.* 5. §. 2. *Ne quis eum, qui in jus voc.*

12. Quid tam congruum fidei humanae, quam ea, quae inter eos placuerunt, servare? *l.* 1. *in pr. de pactis.*

13. Difficile est, ut unus homo duorum vicem sustineat. *l.* 9. *de Pactis.*

14. Turpia lucra haeredibus extorquentur. *l.* 5. *de calumniatorib.*

15. Non debet quis lucrari ex alieno damno. *l.* 28. *de dolo malo.*

16. Ferendus est, qui pudorem suum purgat. *l.* 25. *de procurat.*

17. Non oportet laudando augere malitiam. *l.* 1. § 4. *de Serv. corr.*

18. Non oportet jus civile calumniari, neque verba captari, sed qua mente quid dicatur, animadvertere convenit. *l.* 19. *Ad exhib.*

19. Summa est ratio, quae pro religione facit *l.* 43. *in fin. de religiosis.*

20. Grave est fidem fallere. *l.* 1. *in pr. d. const. pecun.*

21. Bonae fidei non congruit de apicibus juris disputare. *l.* 29. §. 4. *Mandati.*

22. Interest hominis, hominem beneficio affici. *l.* 7. *de servis exportand.*

23. Nemo ex consilio suo obligatur. *l.* 2. *Mandati.*

24. In re dubia benigniorem interpretationem sequi non minus justius est, quam tutius. *l.* 3. *de his, quae in testam. delent.*

25. Iniquum est, damnosum cuiquam esse officium suum. *l* 7. *Testamenta quemad. aper.*

26. Rerum vocabula immutabilia sunt, hominum mutabilia. *l.* 4. *de legat.* 1.

27. Exemplum pessimum est, feminino vocabulo etiam masculos contineri. *l.* 45. *in pr. de Leg.* 2.

28. Ignaviam praetendentes, audiri non oportet. *l.* 78. §. 2. *de Leg.* 2.

29. Omne artificium incrementum recipit. *l.* 65. §. 3. *de Leg.* 3.

30. Malitiis indulgendum non est *l.* 38. *de R. V.*

31. Jus civile vigilantibus scriptum est. *l.* 24. *in fin. de his quae in fraud. cred.*

32. Peccata nocentium, nota esse oportet et expedit. *l.* 18. *in pr. de Injur.*

33. Satius est, impunitum relinqui facinus nocentis, quam innocentem damnari. *l.* 5. *in pr. de Poen.*

34. Suadendo juvisse, sceleris instar est *l.* 16. *in pr. de Poen.*

35. Cogitationis poenam nemo patitur *l.* 18. *de Poen.*

36. Unusquisque ex suo admisso sorti subjicitur nec alieni criminis successor constituitur. *l.* 26. *de poen.*

37. Quaedam etsi honeste accipiantur, inhoneste tamen petuntur. *l.* 1. §. 5. *de Extraord. Cognit.*

38. Prodesse sibi unusquisque, dum alii non nocet, non prohibetur. *l.* 1. §. 4. *et* 11. *de aqua pluv. arc.*

39. In obscuro favorabilius respondetur *l.* 10. *in f. de manum. testam.*

40. Discendi cupiditas, sola vivendi ratio optima. *l.* 20. *de Fideic. libert.*

41. Cujusque rei potissima pars principium est. *l.* 1. *de O. J.*

42. Ex conversatione aequali, contemptio dignitatis nascitur. *l.* 19. *de Off. Praes.*

43. Adjuvari nos, non decipi beneficio oportet. *l.* 17. §. 3. *Commod.*

44. Natura rerum conditum est, ut plura sint negotia, quam vocabula. *l.* 4. *de praescr. verb.*

E CODICE.

Rebus non verbis, lex ponenda est. *l.* 28. *de Usur.*

2. Deum imitatur, qui ignoscit. *l.* 23. *de Nupt.*

3. b. Quod non est mutatum, cur stare prohibetur? *l.* 27. *de Testam.*

4. Nimis est indignum, flagitii praesidia quaerere. *l.* 7. *in fin. de Natur. lib.*

5. Naturalis ordo per omnia servandus est. *l.* 5. *de Legit. Tut.*

6. Non est ferendus, qui locum quidem amplectitur, onus autem ei annexum contemnit. *l. un* §. 4. *de Cad. toll.*

7. Ludibrio leges esse non oportet. *l. ult.* §. 5. *et* 6. *de bon. quae lib.*

8. Mos retinandus est fidelissimae vetustatis. *l.* 18. *de Testam.*

9. Nihil dubium aptum est ad tollendam ambiguitatem. *l.* 12. §. 2. *de Ædif. priv.*

10. Pene similis omnium hominum natura est. *l.* 13. *de contrh. stipul.*

11. Quid verbis opus est, quae rerum effectus nullus sequitur? *l. ult. de donat.*

12. Culpa similis est, tam prohibita discere, quam docere. *l.* 8. *de malef.*

13. Vanae voces populi non sunt audiendae. *l.* 12. *de poen.*

14. Facies hominis ad similitudinem pulchritudinis coelestis est figurata. *l.* 17. *de Poen.*

15. Naturale vitium est, negligi quod communiter possidetur. *l.* 2. *Quand. et quid. quart. deb.*

16. Magistros studiorum doctoresque excellere oportet, moribus primum, deinde facundia. *l.* 7. *de Professor.*

17. Publicae utilitatis interest, non amicitia creationes fieri, sed aestimatione vera et commodo Reipubl. *l. un. Si prope inim. creat. fact. sit.*

18. Leges sunt inexorabiles. *l. ult. de Tabular. scrib.*

19. Utilitas publica praeferenda est privatorum contractibus. *l.* 3. *de Primp.*

20. Principis salus, populi salus. *l.* 1. *de veteran.*

EX NOVELLIS.

Leges neminem in paupertate vivere, neque in anxietate mori permittunt. *N.* 1. *in fin.*

2. Nihil immensum bonum est. *Nov.* 3. *in princ.*

3. Ecclesia, Imperii mater. *d. Nov.* 3. *in princ.*

4. Humana natura quodammodum labitur ad delicta. *Nov.* 5. *c.* 2. *sub finem.*

5. Seniorum conversatio, juventutis educatio perfecta. *Nov.* 5 *c.* 3. *in fine.*

6. Uno principio illicito dato, plurc sequuntur. *Nov.* 8. *in pr.* §. 1.

7. Pater, licet legum contemptor et impius sit, tamen pater est. *Nov.* 12. *c.* 2.

8. Quanto quilibet praeest melioribus, tanto major ipse et honestior est. *Nov.* 15. *in f. princ.*

9. Quia non cum lege egimus, erubescimus. *Nov.* 18. *c.* 5. *pr.*

10. Non erubescimus, si quid melius, quam ipsi prius diximus, adinveniamus, hoc sancire. *Nov.* 22. *in f. princ.*

11. Disponat unusquisque super suis, et sit lex, ejus voluntas. *Nov.* 22. *c.* 2. *in princ.*

12. Multae hominibus ad malitiam viae sunt. *Nov.* 22. *c.* 15.

13. Erubescit lex castigatores filios genitoribus statuere. *Nov.* 22. *c.* 24.

14. Leges etiam in ipsa arma imperium habere volumus. *Nov.* 25. *c.* 5. *in fin.*

15. Nihil in pravo magnum existere, recte a nostris dictum est majoribus. *Nov.* 29. *c. ult. sub fin.*

16. Concordia nihil unquam inter homines praeclarius extitit, et praestantius. *Nov.* 30. *c.* 1. *in princ.*

17. Non est inhumanitas, sed potius summa humanitas, cum multi paucorum animadversione salvantur. *Nov.* 30. *c.* 11.

18. Quod in multitudinem dividitur, onus insensibile propemodum facit iis, qui hoc sustinent. *Nov.* 38. *in princ.*

19. Congruens magis est, amplificare rem in paucis corporibus angustatam, quam multitudinem multitudini adjicere. *Nov.* 38. *c.* 6.

20. Tempus ferre omnia consuevit. *Nov.* 39. *in princ.*

21. Nuptiis nihil utilius, tanquam solis facere homines valentibus. *Nov.* 39. *in fin. princ.*

22. Ea, quae communiter omnibus prosunt, iis, quae specialiter quibusdam utilia sunt, praeponimus. *Nov.* 39. *c.* 1. *in pr.*

23. Nihil inter homines sic est indubitatum, ut non possit tamen suscipere quandam sollicitam dubitationem. *Nov.* 44. *c.* 1. §. 3.

24. Melius est pauca agere caute, quam multis interesse periculose. *d. Nov.* 44. *c.* 1. §. 3. *in fine.*

25. Veracium solummodo amator est Princeps. *Nov.* 58. *in praefat.*

26. Multis undique natura novitatibus utitur. *Nov.* 84. *in praef.*

27. Multae sunt homini et anxietates innumerae et repentinae mortes. *Nov.* 84. *c.* 1. *in f. princ.*

28. Oportet semper aliquod inchoare bonum, non aliorum destruere. *Nov.* 89. *c.* 7.

29. Non erit decens, ut quae bene exclusa sunt, in Rempubl. rursus introducantur. *Nov.* 89. *c.* 11. §. 2.

30. Multa quilibet cogitans adinvenit. *Nov.* 94. *c.* 1.

31. Quod factum est, infectum manere impossibile est. *Nov.* 97. *c.* 1.

32. Imperatori et ipsas Deus leges subjecit, legem animatam eum mittens hominibus. *Nov.* 105. *c.* 2. *in fine.*

33. Quod medicamenta morbis, hoc exhibent jura negotiis, et saepe quod conjectura prodesse credebat, experimento inutile reperitur. *Nov.* 111. *in pr.*

34. Quod in lucrum positum est potestate, non egebit aliqua extrinsecus dispositione. *Nov.* 113. *c.* 1.

35. Si pro causis corporalibus cogitamus, quanto magis pro animarum salute providentia est nostrae sollicitudinis adhibenda. *Nov.* 115. *c.* 3. *sub fin.*

36. Considerare debent parentes, quod et ipsi filii fuerint. *Nov.* 115. *c.* 5. *in princ.*

37. Quis enim ibi delinquit, ubi salutem putat? *Nov.* 117. *c.* 15. *f.*

38. In delicto aequali, similes eis imponere poenas, justum esse putamus. *Nov.* 127. *c. ult.*

39. Nullum ita magnum subjecturum delictum est, quod non clementia Principis medeatur. *Nov.* 129.

40. Neque enim viros mulierum studia decent, neque rursus virilia mulierum collegiis conveniunt. *Nov.* 133. *c.* 1.

41. Nullus potest naturam sic retinere, ut peccet nihil, hoc enim proprium est solum Dei. *Nov.* 133. *c.* 5.

42. Mens vacans nihil bonorum parit. *Nov.* 133. *c. ult.*

43. Mala adinventa, malaeque consuetudines neque ex longo tempore, neque ex longa consuetudine confirmantur. *Nov.* 134. *c.* 1.

44. Oportet nos humani generis infirmitatem protegere. *Nov.* 134. *c.* 13.

45. Unicuique integrum est his, quae ipsi a lege data et concessa sunt, renuntiare. *Nov.* 136. *c.* 1.

46. Eos, qui violento affectu odioque semel correpti fuerint, perquam est difficile sanare. *Nov.* 140. *in f. praefat.*

47. Nullus misericordiam petens sine actu a facie Principis recedere debet. *Nov.* 147. *in praefat.*

INDEX LEGUM ILLUSTRATARUM ET CONCILIATARUM

Literae a. b. c. indicant Tomos, Numeri Paginas.

INDEX RERUM

QUÆ

HOC OPERE CONTINENTUR.

Literis *a. b c.* Tomi, lit. *n.* denotantur §§., Signa * † et † indicant differentias Juri Saxonici, quae suis locis subjacent.

E

I

vid. *Carcer*

M.

N.

O

DEO GLORIA.

Maceratae 17 Septembris 1839.

REIMPRIMATUR

F. ERNESTUS ROSSI ORD. PRAED. SANCTI OFF. P. VIC.

ST. CAN. GAMBINIUS PRO-VIC. GENERALIS.